Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.
Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung.

(Fortsetzung der JW. 1931, 2433 begonnenen Aufsatzreihe.)

Das amtsgerichtliche Verfahren im Entwurf.[1])

Von Amtsgerichtsrat Dr. Simonson, Forst (Lausitz).

Die derzeitige Gestaltung der ZPO. gibt durch die Bestimmungen der §§ 272a u. b, 279 u. 279a dem Amtsrichter die Machtbefugnisse in die Hand, daß der sich vor ihm abspielende Rechtsstreit unter voller Klärung des Sachverhalts und der Rechtslage ohne Verzögerung mit der wünschenswerten Beschleunigung durchgeführt wird. Es ist deshalb nur zu begrüßen, daß der soeben veröffentlichte Entwurf zu einer neuen ZPO. (Entw.) nicht neue Wege sucht, sondern nur auf dem vor allem durch die Novelle v. 22. März 1924 eingeschrittenen Wege aufbaut und sich darauf beschränkt, das Verfahren weiter zu beschleunigen und zu vereinfachen, den Amtsbetrieb zu verstärken und Unklarheiten und Zweifelsfragen zu beseitigen.

Aufgabe dieses Aufsatzes ist es, eine kurze Übersicht über die Stellungnahme des Entw. zu den allgemeinen grundsätzlichen Fragen und zu den einzelnen Neuerungen und Abänderungen, soweit sie für das amtsgerichtliche Verfahren in Betracht kommen, zu geben.

Eine Äußerlichkeit ist es, die aber an erster Stelle erwähnt zu werden verdient, daß der Entw. nicht mehr an Hand des landgerichtlichen Verfahrens den Verfahrensgang schildert, sondern hierfür das amtsgerichtliche Verfahren verwertet. Die bei weitem zahlenmäßig überwiegende Inanspruchnahme der AG. in Rechtsstreitigkeiten rechtfertigt diese Änderung im Aufbau des Entw.

Unverändert beibehalten ist der Grundsatz des Parteibetriebs insoweit, als die Parteien den Streitstoff und die Beweismittel, die sie im Prozeß verwenden wollen, zu liefern haben und daß das Gericht nicht befugt ist, den Parteien etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist (§§ 265, 290 Entw.). Neu ist hingegen die Stellungnahme zur Prozeßlüge. Während das Schrifttum vielfach noch die Meinung vertritt, daß nach der bestehenden Regelung, die keine Bestimmung zur Frage der Wahrheitspflicht im Rechtsstreit trifft, die Prozeßlüge im Kampf der Parteien erlaubt sei, stellt der Entw. den schon u. a. von Baumbach (ZPO. Vorbem. D vor § 128) vertretenen Grundsatz auf, daß die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben haben (§ 228 Abs. 3 Entw.). Inwieweit eine solche übrigens schon im österreichischen Recht bestehende Regelung ohne Androhung von Prozeßstrafen bei Übertretung des Gebots den erwünschten Erfolg haben wird, bleibt abzuwarten. M. E. dürfte es geboten sein, ebenso wie der Entw. bei wahrheitswidriger Erschleichung des Armenrechts und bei unwahren Angaben des Schuldners im Mahnverfahren Nachteile vorsieht (§§ 133, 807 Abs. 4 Entw.), solche Nachteile auch bei bewußter Verletzung der Wahrheitspflicht im Laufe des Rechtsstreits anzudrohen.

Eine erhebliche Einschränkung des Parteibetriebs liegt in der schon jetzt für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Förderungspflicht des Rechtsstreits durch die Parteien. Sie haben alle erheblichen Tatsachen und Beweismittel so rechtzeitig anzugeben, daß der Rechtsstreit ohne Verzögerung möglichst beschleunigt durchgeführt werden kann. Der Förderungspflicht entspricht der Förderungszwang durch das Gericht. Es hat neben der Pflicht zur Aufklärung und Vervollständigung des Parteivorbringens darüber zu wachen, daß der Rechtsstreit mit der gebotenen Beschleunigung erledigt wird und daß die Parteien ihre Förderungspflicht erfüllen. Auch hier bewegt sich der Entw. auf dem schon durch die Novelle vom März 1924 eingeschlagenen Wege und gibt dem Richter nur weitere Befugnisse in die Hand, die der Beschleunigung des Verfahrens dienen (§§ 230, 239, 240 bis 242 Entw.). Mit Recht führt die Begründung des Entw. (S. 256) hierzu aus, daß der Prozeß keine Einzeltatsache ist, die allein nach dem Bedürfnis der in ihn verwickelten Parteien geregelt werden darf, sondern eine Massenerscheinung; ein Gericht, das Prozesse in Massen zu erledigen habe, müsse darauf Rücksicht nehmen, wie sich die unnötig schleppende Behandlung einzelner Prozesse und die damit verbundene Überlastung auf die übrigen von ihm zu erledigenden Prozesse auswirkt. Deshalb sei auch im Prozeßrecht die Einschränkung der freien Betätigung des Einzelwillens geboten.

Zu begrüßen ist es m. E., daß der Entw. von der vielfach angeregten Einführung der Eventualmaxime absieht. Sie würde überflüssigerweise den Prozeß in zwei Abschnitte teilen, in deren erstem die Parteien den sämtlichen Streitstoff vorzubringen hätten, ohne daß die Möglichkeit besteht, nach-

[1]) Ein von einem Amtsgerichtsanwalt erbetener Aufsatz ist leider nicht rechtzeitig eingegangen. D. S.

träglich bei Änderung der vorgesehenen Entwicklung des Prozeßganges oder bei unverschuldeter Unterlassung von Angaben über Tatsachen oder Beweisantritte die erforderlichen Angaben nachzuholen. Die Einführung der Eventualmaxime würde nur einen unnötigen Formalismus schaffen, den gerade der Entw. erfreulicherweise zu vermeiden anstrebt. Die schon bestehenden und weiter vorgesehenen Vorschriften zur Durchführung der sog. Konzentrationsmaxime dürften m. E. auch völlig ausreichen, um bei sachgemäßer Anwendung jede Prozeßverzögerung zu unterbinden.

Die Änderung der Stellung des Gerichts gegenüber den Parteien im Rechtsstreit, wie sie sich seit der Einführung der ZPO. im Jahre 1879 langsam entwickelt hat, kommt in der Vorschrift des § 228 Abs. 1 Entw. zum Ausdruck, der bestimmt, daß das Gericht **mit** den Parteien verhandelt, während die entsprechende Bestimmung der ZPO. (§ 128) besagt, daß die Parteien **vor** dem Gericht ihre Verhandlung führen. Die Vorschrift enthält nicht etwa eine Aufgabe der Verhandlungsmaxime, die unverändert bestehen bleibt, sondern gibt nur die Mitwirkung des Gerichts an der Gestaltung des Streitstoffs in Arbeitsgemeinschaft mit den Parteien, die aber selbst den Stoff zu liefern und die Anträge zu stellen haben, wieder.

Ebenso hält der Entw. an dem Grundsatz der **Mündlichkeit** der Verhandlung fest. Beibehalten ist jedoch die Zulässigkeit der Entscheidung nach Lage der Akten nach § 251 a ZPO. (§ 357 Entw.) und die schriftliche Entscheidung nach § 7 EntlVO., letztere nur, falls beide Parteien zustimmen. Es wäre zu wünschen, daß gerade von der Möglichkeit der schriftlichen Entscheidung zur Entlastung der mündlichen Verhandlung für wichtige Sachen da mehr Gebrauch gemacht wird, wo der Rechtsstreit schriftsätzlich in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung so geklärt ist, daß auch eine mündliche Verhandlung vor dem Amtsrichter nicht mehr neue Gesichtspunkte ergeben kann.

Völlig neugestaltet ist im Entw. das m. E. abänderungsbedürftige bestehende Güteverfahren. Es soll nicht mehr einen besonderen von der Klage abgetrennten Verfahrensabschnitt bilden. Es soll vielmehr entsprechend der Regelung des Güteverfahrens im ArbGG. die Güteverhandlung ein Bestandteil der auf die Klage folgenden mündlichen Verhandlung werden. Mit einer derartigen Abänderung, die allgemein begrüßt werden dürfte, würden ohne weiteres die Streitfragen über das Anerkenntnis im Güteverfahren und über die Anwendbarkeit des § 271 ZPO. bei Zurücknahme des Güteantrags verstummen. Ein Anreiz für die Parteien, sich in der Güteverhandlung zu verständigen, könnte dadurch geschaffen werden, daß die Kosten für einen in dieser Verhandlung abgeschlossenen Vergleich besonders niedrig gehalten würden, eine Maßnahme, die sich schon mit Rücksicht auf die verhältnismäßig geringe Arbeitsbelastung des Gerichts und der etwaigen Prozeßbevollmächtigten rechtfertigen würde. Zu begrüßen ist auch, daß der Entw. der Anregung, die Güteverhandlung dem Rechtspfleger zu übertragen, nicht stattgegeben hat. Ganz abgesehen davon, daß gerade beim Abschluß eines Vergleichs mit Rücksicht auf die vielfach bedeutsamen Folgen für die Parteien die Mitwirkung eines nicht beteiligten Rechtskundigen wünschenswert ist, würde die Übertragung der Güteverhandlung auf den Rechtspfleger auch keinerlei Ersparnis bedeuten können. In den zahlreichen Fällen, in denen keine Verständigung zustande kommt, würde nur eine doppelte Belastung von Arbeitskräften und ein unnötiger Zeitaufwand eintreten, da der Richter, der nach der Güteverhandlung mit der Sache befaßt würde, den Sachverhalt wieder von neuem mit den Parteien besprechen müßte; nach der jetzt beabsichtigten Regelung kann sich die Streitverhandlung nach dem Scheitern eines Verständigungsversuchs unmittelbar daran anschließen.

Aus dem ArbGG. übernommen ist auch die Bestimmung, daß die Beeidigung von Zeugen in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, eine Regelung, die sich während des mehr als vierjährigen Wirkens der ArbG. voll bewährt hat und in vielen Fällen die Leistung von überflüssigen Eiden verhindert.

Schließlich sei noch in Verbindung hiermit die Abschaffung des Parteieides erwähnt, der durch die Parteivernehmung ersetzt wird.

Über die Neuerungen im einzelnen und die weiteren Abweichungen des Entw. von der bisherigen Regelung handelt der nachfolgende Überblick. Das im ersten Abschnitt des zweiten Buches behandelte amtsgerichtliche Verfahren (§§ 206 bis 459 Entw.) entspricht im wesentlichen dem Aufbau der Verfahrensdarstellung im zweiten Buch der ZPO. mit einigen weiter unten zu erwähnenden Abweichungen, wie z. B. der Eingliederung der Vorschriften über die mündliche Verhandlung, die bisher im ersten Buch in den §§ 128 ff. ZPO. sich befinden, sowie der Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit und der §§ 7, 20 f. EntlVO. vom März 1924 über das schriftliche und das Schiedsurteilsverfahren.

Wie gesagt, beginnt das Verfahren nicht mehr mit der Einreichung eines Güteantrags, sondern der Klage (§ 206 Entw.), die die gleichen Angaben wie bisher enthalten muß. Soweit der Kläger mit der Klage einen Anspruch verfolgt, der im Mahnverfahren geltend gemacht werden könnte, soll er in der Klageschrift den Grund angeben, der die Erhebung der Klage statt der Einreichung eines Zahlungsbefehls rechtfertigt (§ 207 Abs. 2 Entw.). Hat der Kläger dies unterlassen oder einen unzureichenden Grund angegeben, so sind nach § 94 Entw. Kostennachteile für ihn damit verbunden. Mag auch die in den §§ 800 ff. behandelte Umgestaltung des Mahnverfahrens, auf die hier nicht eingegangen werden kann, auf eine völlige Scheidung zwischen den unstreitigen und den streitigen Sachen hinwirken, so dürfte doch die Bestimmung des § 207 Abs. 2 Entw. mit Recht auf erheblichen Widerspruch stoßen. In vielen Fällen, in denen dem Gläubiger daran liegt, möglichst schnell zu einem vollstreckbaren Titel zu gelangen, wird er so vor die Wahl gestellt, ob er den Weg des Mahnverfahrens mit der Gefahr der Verzögerung eines Titels bei Erhebung des Widerspruchs des Schuldners gehen oder gleich auf die Gefahr hin, die Klage einreichen soll, deswegen mit Kosten belastet zu werden. Bei der vorgeschlagenen Regelung dürften sich auch zahlreiche Streitigkeiten darüber ergeben, ob ein Fall vorgelegen hat, in dem der Kläger bei sofortiger Einreichung der Klage die dadurch das Mahnverfahren übersteigenden Mehrkosten zu tragen hat. M. E. wird es ratsamer sein, es wie bisher dem Gläubiger zu belassen, ob er das billigere Mahnverfahren oder den Klageweg wählen will, ohne ihn mit den oben genannten Folgen des § 94 Abs. 2 Entw. zu bedrohen.

Neu eingefügt sind die Vorschriften der §§ 210 u. 211 Entw. über die Zulässigkeit einer Eventualklage. Sie entsprechen der bisherigen Handhabung und der herrschenden Lehre, die dahin geht, daß die Eventualklage nur insoweit zulässig ist, als das Durchgreifen des zweiten Klageantrags von der Erfolglosigkeit des ersten abhängt, der der Eventualklage zugrunde gelegte Sachverhalt also die Unrichtigkeit des mit der Hauptklage geltend gemachten Sachverhalts zur Voraussetzung hat (s. Begr. S. 310).

Recht gut erscheint die Eingliederung der aus dem ersten Buch übernommenen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze hinter den Abschnitt über die Klageschrift und die Zustellung der Klage — die Zustellung soll künftig nicht nur im amtsgerichtlichen Verfahren, sondern auch beim LG. von Amts wegen erfolgen — (§§ 214—216 Entw.) und die Verbindung mit den Bestimmungen der bisherigen §§ 496 Abs. 2 und 4 und 272, wonach vorbereitende Schriftsätze mit neuen Anträgen, Tatsachen oder Beweismitteln so rechtzeitig einzureichen sind, daß der Gegner sich darauf in der nächsten mündlichen Verhandlung erklären kann. Muß wegen Verstoßes hiergegen oder wegen nicht rechtzeitiger Einreichung einer Erklärung auf gerichtliche Anordnung eine Vertagung erfolgen, so ist nach § 216 Abs. 2 Entw. die Partei — ohne Antrag — in die dadurch entstehenden Kosten sowie zu einer Strafgebühr in Höhe einer vollen Gebühr durch einen mit sofortiger Beschwerde angreifbaren Beschluß zu verurteilen, es sei denn, daß die Partei an der Verzögerung kein Verschulden trifft. Zur Verhinderung von Verzögerungen kann das Gericht die Weitergabe der Beschwerde bis zur Beendigung der Instanz aussetzen. Mit dieser Vorschrift, die ganz erheblich weiter zur Beschleunigung des Verfahrens beiträgt, aber bestimmte Fristen für die Einreichung von Schriftsätzen beseitigt, ist gleichzeitig die Streitfrage erledigt, ob die Parteien nur im Fall eines Verstoßes gegen § 272 ZPO. oder auch gegen § 132 ZPO. ein Vertagungsrecht haben.

Unverändert geblieben sind im wesentlichen die Bestimmungen über die Einlassungsfrist, die Rechtshängigkeit und die Klageänderung (§ 217—226 Entw.). Neu ist der bisher nicht besonders geregelte Fall des Eintritts eines Dritten neben oder an Stelle einer Partei in den Prozeß (§ 222); hierzu bedarf es der Zustimmung des Eintretenden, soweit nicht überhaupt ein Fall unzulässiger Klageänderung vorliegt. Ob diese Regelung allen in Frage kommenden Fällen gerecht wird, erscheint mir zweifelhaft. Vielleicht dürfte es doch ratsamer sein, es dem Gericht zu überlassen, ob es je nach den besonderen Umständen den Eintritt eines Dritten in den Rechtsstreit auch ohne dessen Zustimmung zulassen oder wegen nicht sachdienlicher Klageänderung ablehnen will.

Bei Zurücknahme der Klage nach dem Beginn der streitigen Verhandlung soll künftig der Beklagte nur berechtigt sein, der Rücknahme wirksam zu widersprechen, wenn er glaubhaft macht, daß er an der Erledigung des Rechtsstreits durch gerichtliche Entscheidung ein rechtliches Interesse hat (§ 227 Entw.). Nicht klar ergibt sich, was zu geschehen hat, wenn das Gericht ein solches Interesse ablehnt, ob dies durch Beschluß zu entscheiden ist und welches Rechtsmittel der Beklagte hiergegen hat. Eine sehr nützliche Vereinfachung ist es, daß die Verpflichtung des Klägers bei Zurücknahme der Klage die Kosten zu tragen, auf Antrag des Beklagten nicht mehr durch Urteil auszusprechen ist, sondern daß dies mit oder ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zu bestimmen ist.

Die folgenden Abschnitte befassen sich mit den Bestimmungen über die Verhandlung. Neben der mündlichen Verhandlung, auf deren Bedeutung schon weiter oben hingewiesen ist, wird in den §§ 228 Abs. 2 und 230 Abs. 2 Entw. die Entscheidung auf Grund schriftlichen Verfahrens behandelt, die entsprechend der bisherigen Regelung im § 7 EntlVO. nur im Einverständnis beider Parteien ergehen kann. Die bestehende Unklarheit, wann die schriftliche Verhandlung mangels besonderer richterlicher Bestimmung als geschlossen zu gelten hat, wird dadurch beseitigt, daß dafür der Zeitpunkt maßgebend sein soll, in dem die schriftliche Entscheidung der Geschäftsstelle zur Zustellung übergeben oder da, wo eine Verkündung erforderlich ist, die Verfügung über die Terminsanberaumung hierzu vom Richter der Geschäftsstelle übermittelt wird. Nach § 303 (S. 2 des Entw.) bedarf es für Urteile, die im Wege einer schriftlichen Entscheidung ergehen, stets der Anberaumung eines besonderen Verkündungstermins, damit künftig die jetzt häufig auftretenden Zweifel über den Zeitpunkt des Beginns der Rechtsmittelfrist behoben werden (s. Begr. zu § 303 S. 323). Dies gilt nicht für Beschlüsse, die mit der Zustellung an die Parteien wirksam werden. — Die Güteverhandlung entspricht, abgesehen von der oben erwähnten grundsätzlichen Umgestaltung, der bisherigen Regelung in den §§ 499b—k mit dem sich daraus ergebenden Unterschied, daß beim Ausbleiben beider Parteien neuer Termin anzuberaumen oder das Ruhen des Verfahrens anzuordnen ist (§§ 231—233 Entw.). — Die Vorschriften über die streitige Verhandlung (§§ 234—255 Entw.) entsprechen im wesentlichen der geltenden Regelung. Eingegliedert sind hier die Bestimmungen, in welchen Fällen ohne Güteverhandlung sofort streitig zu verhandeln ist (§ 495a ZPO.) sowie über die vom Vorsitzenden zur Vorbereitung und Beschleunigung der Verhandlung zu treffenden Anordnungen (§ 272b und a). Allgemeinen Beifall, mit Ausnahme der dadurch Benachteiligten, wird § 255 Entw. finden. Danach soll in Abänderung des § 157 ZPO. das Auftreten von Prozeßagenten in der mündlichen Verhandlung allgemein ausgeschlossen werden, soweit ihnen nicht das Verhandeln von der Landesjustizverwaltung ausdrücklich gestattet ist. Es ist zu hoffen, daß dies nur da geschieht, wo tatsächlich ein dringendes Bedürfnis für die Zulassung besteht.

Bei der Behandlung der Verfahrenseinreden, die nicht mehr prozeßhindernde Einreden genannt werden, sind in Abweichung von § 274 ZPO. mit Recht die von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensmängel weggelassen, da sie streng genommen keine Einreden darstellen (§ 257 Entw.). Eine dankenswerte Vereinfachung ist es, daß künftig bei dem Antrag des Klägers auf Verweisung des Rechtsstreits wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit an das zuständige Gericht der Beschluß über die Verweisung ohne mündliche Verhandlung ergehen kann, wenn die Klage noch nicht zugestellt ist, während mit Ausnahme des § 697 ZPO. (im Mahnverfahren bei sachlicher Unzuständigkeit) nach der bestehenden Regelung die Verweisung nur durch Verkündung in mündlicher Verhandlung zulässig ist. Vielleicht ließe sich die beabsichtigte Änderung noch für den Fall erweitern, daß der Beklagte nach Zustellung der Klage die Zuständigkeit des Gerichts rügt und der Kläger daraufhin die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht ohne mündliche Verhandlung beantragt.

Fast unverändert übernommen sind die Bestimmungen über das verspätete Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die Zwischenfeststellungsklage, die Widerklage, die Rechtshängigkeit eines erst im Lauf des Rechtsstreits erhobenen Anspruchs, über die Grundsätze des Beweisverfahrens, den Verlust von Verfahrensrügen, den Sühneversuch während des Verfahrens, die Niederschrift (aus dem ersten Buch der ZPO. hierher übernommen) und die Akteneinsicht (§§ 260—288 ZPO., §§ 278—299 Entw.)). Einzelne Änderungen sind bedingt durch die Einführung der Parteivernehmung an Stelle des Parteieides. Im Abschnitt über die Niederschrift ist § 282 Entw. zu bemerken, wonach nicht nur die Niederschrift von uneidlichen Zeugen- und Sachverständigenaussagen, sondern auch das Ergebnis einer Augenscheinseinnahme unterbleiben kann, wenn der Beweis vor dem Prozeßgericht aufgenommen wird und das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. Empfehlen würde sich noch ein Zusatz, daß die Bestimmung nur gilt, wenn die Entscheidung in derselben Verhandlung ergeht, in der die Beweisaufnahme stattfindet, da sonst bei einem Richterwechsel eine nochmalige Vernehmung sich als notwendig erweist.

Der zweite Titel des zweiten Buches des Entw. befaßt sich mit dem Urteil. Hier sind im §§ 292, 294 die Klagen auf künftige Leistungen und die Feststellungsklagen, die sich bisher im Abschnitt über die Klage (§§ 256—259 ZPO.) befinden, eingeschoben. Mir erscheint diese Umstellung wenig angebracht. Man wird diese Bestimmungen weit eher im Abschnitt, in dem sie jetzt behandelt sind, als in dem über das Urteil suchen. Das gleiche gilt von der im § 295 Entw. neu erwähnten Gestaltungsklage, die nur in den vom Gesetz zugelassenen Fällen erhoben werden kann. Dagegen wird man zustimmen müssen, daß die bisher im § 721 ZPO. (§ 293 Entw.) befindliche Vorschrift über die Gewährung einer Räumungsfrist bei Räumungsurteilen von Wohnräumen in den Abschnitt über die Urteile und nicht in das Zwangsvollstreckungsverfahren gehört. Bei Behandlung der Zwischenurteile ist die frühere Fassung des § 303 ZPO. wiederhergestellt, daß auch über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel ein Zwischenurteil ergehen kann, eine Regelung, die kaum Widerspruch finden dürfte (§ 297 Entw.). Wichtig ist die auf dem Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung beruhende Vorschrift des § 302 Entw. über die Urteilsfällung. Bei Urteilen, die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen, entspricht die Bestimmung dem Inhalt des § 309 ZPO. Bei Entscheidungen nach Aktenlage darf das Urteil nur von dem Richter erlassen werden, der den Verhandlungstermin abgehalten hat, in dem die Voraussetzungen für die Entscheidung begründet wurden. Die gleichen Grundsätze gelten, wenn bei einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung neben dem schriftlichen Vorbringen der Parteien das Ergebnis einer früheren mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen sind (vgl. Begr. zu § 302 Entw.).

Daß die Zustellung von Urteilen stets von Amts wegen zu erfolgen hat (§ 309 Entw.), bringt nur für das landgerichtliche Verfahren Neues. Neu ist hingegen auch für das amtsgerichtliche Verfahren, daß Versäumnisurteile nur der Partei zugestellt werden, zu deren Ungunsten sie ergangen sind. Damit die Zustellung von Urteilen mit der Pfändung bewirkt werden kann, soll die Zustellung, soweit die unterlegene Partei nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen werden, wenn die obsiegende Partei zur Stellung des Vollstreckungsantrags die Mitwirkung der Geschäftsstelle in Anspruch genommen hat (§ 309 Abs. 2 Entw.).

Eine wünschenswerte Vereinfachung bringen die im übrigen unverändert übernommenen Vorschriften über die Berichtigung und Ergänzung von Urteilen (§§ 311—313

Entw.) insofern, als die Berichtigung des Tatbestandes künftig durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann.

Eine weitere erfreuliche Änderung bedeutet die Eingliederung der Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit (§§ 707—717 ZPO.) in den Abschnitt über die Urteile (§§ 314—324 Entw.). Klargestellt wird hierbei, daß auch klagabweisende Urteile in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis 500 *RM* für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind (§ 314 Abs. 1 Entw.) und daß Urteile, die ihrem Inhalt nach erst mit der Rechtskraft wirksam werden, nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürfen (§ 317 Entw.).

Mit der Frage der äußeren und inneren Rechtskraft der Urteile befassen sich die Bestimmungen der §§ 325—335 Entw. (bisher §§ 705, 706, 722, 723, 322—328 ZPO.). Der Entwurf hat mit eingehender Begründung (s. S. 326 zu § 327) von einer wesentlichen Änderung der bisherigen Fassung des § 322 ZPO. abgesehen, da es aussichtslos sei, eine Formel zu finden, die dem Forschungsergebnis der Wissenschaft zur Frage der Rechtskraftwirkung gerecht wird und die eine für alle Fälle passende Begrenzung für die Ausdehnung der Rechtskraftwirkung bringt. Es kann nicht Aufgabe dieses Aufsatzes sein, hier zu der sehr umfangreichen und schwierigen Frage Stellung zu nehmen.

Bei der Behandlung des Versäumnisurteils stand, wie die Begründung zum 3. Titel S. 328 ergibt, zur Beratung, ob der Entw. der österreichischen Gesetzgebung folgen sollte, wonach ein Versäumnisurteil nicht mehr ergehen kann, wenn der Beklagte rechtzeitig eine Klagebeantwortung eingereicht hat, sondern dann eine unserer Aktenlageentscheidung entsprechende Entscheidung bei Ausbleiben einer Partei zu fällen ist; wonach ferner gegen ein Versäumnisurteil nur die Berufung oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben ist. Der Entw. hat m. E. mit gutem Grund von der Übernahme dieser Bestimmungen abgesehen. Mir erscheint es sehr zweifelhaft, ob das österreichische Verfahren eine Beschleunigung mit sich bringt und nicht zu einer unnötigen Belastung der Berufungsgerichte führt. Eine andere Frage ist es, ob man daran denken könnte, zur Vermeidung unberechtigter Einsprüche die Wirksamkeit des Einspruchs von der Zahlung einer Gebühr abhängig zu machen, etwa der Art, wie dies für die Einlegung von Rechtsmitteln (§ 483 Entw.) gilt. Da die Entscheidung nach Lage der Akten künftig nicht mehr an die Voraussetzung des § 251a ZPO. geknüpft ist, daß in einem früheren Termin mündlich verhandelt ist, so kann schon im ersten Termin auf Antrag der einen Partei beim Ausbleiben des Gegners statt eines Versäumnisurteils eine Entscheidung nach Aktenlage ergehen, wenn der Sachverhalt hierfür ausreichend geklärt ist. Im übrigen hat der Entw. an der bestehenden Regelung über die Aktenlageentscheidung nichts geändert (§§ 339, 357 Entw.).

Ebenso bringen die allgemeinen Bestimmungen des Entw. über die Beweisaufnahme für das amtsgerichtliche Verfahren keine bedeutsamen Neuerungen. Die m. E. die Kollegialgerichte schwer belastende Bestimmung, daß die Beweisaufnahme vor dem beauftragten Richter nicht mehr zulässig sein soll, betrifft die Amtsgerichte nicht. Verstärkt werden soll die Stellung des ersuchten Richters, der befugt wird, die zur Durchführung des Beweisverfahrens erforderlichen Entscheidungen selbst zu treffen (§ 367 Entw.), also auch den Zwischenstreit über ein Zeugnisverweigerungsrecht selbständig zu entscheiden (§ 386 Entw., bisher §§ 387—389 ZPO.). Eine weitere zu begrüßende Vereinfachung bedeutet es, daß über diesen Zwischenstreit nicht mehr mündlich verhandelt zu werden braucht.

Bei der Regelung der Augenscheinseinnahme (§§ 370 bis 371 Entw.) lehnt der Entw. entsprechend der in der ZPO. vertretenen Auffassung einen Zwang für eine Partei zur Duldung der Augenscheinseinnahme, soweit sie hierbei mitzuwirken hat, ab; der Entw. bestimmt aber ausdrücklich, daß bei der Weigerung der Partei zur Mitwirkung es dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob es die durch die Augenscheinseinnahme zu beweisende Tatsache deshalb als erwiesen ansieht.

Auch das Verfahren des Zeugen- und Sachverständigenbeweises (§§ 372—412 Entw.) schließt sich der bestehenden Regelung im allgemeinen an. Der Entw. bringt hier die Erfüllung des viel geäußerten Wunsches, daß die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen auch ohne Einverständnis der Parteien uneidlich erfolgen kann und daß die Beeidigung nur zu erfolgen hat, wenn das Gericht es mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet (§ 388 Entw.). Daß damit viele überflüssige Eidesleistungen vermieden werden, bedarf kaum der Erwähnung. Bemerkenswert ist ferner die Bestimmung des § 375 Abs. 3, nach der bei Auskünften, die der Zeuge oder Sachverständige nur an Hand der Bücher oder von Aufzeichnungen geben kann, es ihm zur Pflicht gemacht werden kann, die Nachforschungen und Prüfungen vorher vorzunehmen. Handelt es sich um die Auskunft über eine Sache oder Örtlichkeit, so kann ihm aufgegeben werden, die Sache oder Örtlichkeit vorher zu besichtigen. Bei Verweigerung dieser Pflicht sind die gleichen Strafen vorgesehen, die gegen einen die Aussage unberechtigterweise verweigernden Zeugen ergehen können (§ 387 Abs. 3 Entw.). Erwähnt sei noch, daß neben den in den §§ 383, 384 ZPO. genannten Fällen die Aussage von Pflegeeltern und Pflegekindern und über die Abstimmung bei auf Gesetz beruhenden geheimen Wahlen verweigert werden kann (§§ 382 Ziff. 4, 384 Ziff. 4 Entw.). Weggefallen ist in Angleichung an die Strafprozeßvorschriften die Bestimmung des § 394 Abs. 2 ZPO., daß das Gericht die Beeidigung der Zeugen, die ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, aber von diesem Recht keinen Gebrauch machen, anordnen kann. Die Abschaffung des Parteieides und dessen Ersetzung durch die Parteivernehmung hat im Entw. einige Änderungen beim Urkundenbeweis (§§ 413—434 Entw.) bedingt. So tritt auf den Antrag auf Vorlegung einer Urkunde durch den Gegner an die Stelle des Vorlegungseides die Parteivernehmung (§ 419 Entw.). Kommt die Partei der Vorlegung der Urkunde nicht nach oder gewinnt das Gericht aus der Vernehmung der Partei die Überzeugung, daß sie nicht sorgfältig nachgeforscht habe, so kann das Gericht die im § 427 ZPO. angegebenen Folgen ziehen (§ 421 Entw.). Die bisher ungeregelte Frage, inwieweit Akten einer Verwaltungsbehörde als Beweismittel verwandt werden können, wird im § 424 Entw. dahin beantwortet, daß dies nur mit Zustimmung der vorgesetzten Dienstbehörde zulässig ist.

Die wesentlichste Änderung des Beweisverfahrens ist die schon mehrfach erwähnte Ersetzung des gestabten Eides durch die Parteivernehmung (§§ 434—445 Entw.). Der Parteieid ist ein Notbehelf, dessen sich der Richter zur Zeit bedienen muß, wenn die Sachlage in tatsächlicher Hinsicht nicht ausreichend geklärt werden kann. Wohl jedem Richter ist das Unzulängliche dieser Einrichtung oft genug zum Bewußtsein gekommen. Wie die Begründung des Entw. mit Recht sagt, kann leicht der Fall eintreten, daß die Fassung der Eidesformel der eidespflichtigen Partei die Möglichkeit gibt, den Eid zu leisten und damit den Prozeß zu gewinnen, während das Ergebnis ein anderes gewesen wäre, wenn sie sich über den ganzen Sachverhalt hätte aussprechen müssen. Es darf auch nicht verkannt werden, daß der Parteieid für einen wenig entscheidungsfreudigen Richter eine Brücke bildet, um in zweifelhaften Fällen die Verantwortung der Entscheidung von sich auf die Partei abzuwälzen. So bedeutet die Einführung der aus dem österreichischen Recht übernommenen Parteivernehmung einen großen Fortschritt für das Prozeßverfahren. Die Vernehmung findet unter den gleichen Voraussetzungen statt, unter denen nach der jetzigen Ordnung auf einen Parteieid, sei es auf Grund einer Eideszuschiebung oder richterlicher Anordnung, die Entscheidung abgestellt werden kann (§§ 434, 438 Entw.). Bei der Vernehmung auf Antrag kann auf Wunsch des Beweisführers und im Einverständnis des Gegners auch der Beweisführer neben der anderen Partei vernommen werden (§ 436 Entw.). Bei der Vernehmung auf richterliche Anordnung steht es im Belieben des Gerichts, ob es nur eine oder beide Parteien hören will. Das Gericht kann, soweit nicht der Gegner verzichtet, anordnen, daß die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Sind beide Parteien vernommen, so kann die eidliche Aussage über die gleichen Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden (§ 441 Entw.). Erscheint die Partei, deren Vernehmung angeordnet ist, zum Termin nicht, so kann sie unter den gleichen Voraussetzungen, wie beim Ausbleiben zum Eidestermin nach der ZPO. die nochmalige Ver-

nehmung verlangen. Über das Ergebnis der Parteivernehmung entscheidet das Gericht nach freier Würdigung. Dies gilt auch, wenn die zu vernehmende Partei die Aussage verweigert oder in dem Vernehmungstermin ausbleibt und die nochmalige Vernehmung nicht beantragt (§§ 435, 442 Entw.).

So sehr die Parteivernehmung einen Fortschritt bedeutet, so wenig scheint mir dies bei der Bestimmung in dem Abschnitt über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden (§§ 446—451 Entw.), daß der Eid nur in der weltlichen Form zu leisten sei, der Fall zu sein (§ 449 Entw.). Wie der religiöse Eid Dissidenten nichts bedeutet, so wird m. E. der weltliche Eid vielen religiösen Menschen nicht das gleiche wie der Eid unter Anrufung Gottes sein. Dies gilt vor allem für die Bevölkerung ländlicher Kreise. Es ist auch nicht einzusehen, warum der religiöse Eid ganz beseitigt werden soll.

Das im elften Titel behandelte Beweissicherungsverfahren (§§ 452—458 Entw.) sieht insofern eine Erweiterung gegenüber der bestehenden Fassung vor, als auch die Beweissicherung zur Aufklärung eines streitigen Sachverhalts zulässig ist, wenn die sofortige Beweiserhebung geboten erscheint. Dies wird vor allem, wie die Begründung bemerkt, für Verkehrsunfälle zu gelten haben, bei denen eine nachträgliche Aufklärung nach Wochen oft schwer ist. Es ist zu erwarten, daß infolge dieser Ausdehnung des Beweissicherungsverfahrens von ihm weit mehr Gebrauch gemacht wird als es zur Zeit der Fall ist.

Schließlich noch wenige Worte zu dem an den Schluß des amtsgerichtlichen Verfahrens gestellten Schiedsurteilsverfahren in Bagatellsachen (§ 459 Entw.). Es ist jetzt in dem § 20 EntlVO. behandelt. Das bisher geltende Verfahren ist fast unverändert beibehalten. Während danach das Verfahren nur in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gilt, deren Wert zur Zeit der Einreichung der Klage 50 *RM* nicht übersteigt, soll diese Summe künftig auf 100 *RM* erhöht werden. Über den Wert des Verfahrens sind die Ansichten sehr geteilt. Der Entwurf meint, daß es sich als voll brauchbar erwiesen habe. Von anderer Seite — ich verweise nur auf Hawlitzky, Anwaltsbl. 1931, 220 — wird die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Auch ich habe gegen das aus der Not der Zeit geborene Bagatellverfahren als Dauereinrichtung starke Bedenken. Gewiß gibt es zahlreiche geringfügige Streitigkeiten für die ein Kampf durch zwei Rechtszüge eine unnötige Belastung des Gerichts und der Parteien bedeutet. Es gibt aber auch Sachen, die trotz des kleinen Streitgegenstandes rechtlich sehr zweifelhaft sind und allgemeinere Bedeutung haben. Ich würde es deshalb für begrüßenswert halten, wenn man für Bagatellsachen die Bestimmung einführte, die sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren voll bewährt hat, daß es dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, im einzelnen Fall die Berufung zuzulassen. Darin wird man jedenfalls dem Entw. (S. 339) beipflichten müssen, daß gerade die Bagatellsachen nur von vollbefähigten Richtern ohne Schaden für die Rechtspflege entschieden und nicht den Rechtspflegern übertragen werden dürfen.

Der hier gegebene allgemeine Überblick über das amtsgerichtliche Verfahren des Entw. zeigt, wie er sich bemüht, die bisherige Regelung fortzuentwickeln, ohne das viele Gute und Brauchbare der bestehenden ZPO. über Bord zu werfen, und wie geschickt das Neue eingegliedert wird. Die zahlreichen Bestimmungen über die Beschleunigung des Verfahrens werden auch bei den Gerichten ihre Wirkung nicht verfehlen und dazu beitragen, daß die Gerichte noch mehr als bisher es als ihre Aufgabe ansehen werden, nicht nur sorgfältig, sondern auch so schnell wie möglich zu entscheiden. Es ist zu wünschen, daß der Entw. eher das Werkzeug der Gerichte wird, als es nach Lage der Dinge jetzt zu erwarten ist.

Die Zwangsvollstreckung im Entwurf.

I.

Vgl. Heilberg, JW. 1931, 2435 Ziff. 6.

II.

Vgl. Goldschmidt, JW. 1931, 2448 Abs. III.

III.

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Walther Fischer, Hamburg.

1. Als noch die Frage erörtert wurde, ob man den Entwurf unter den gegenwärtigen Verhältnissen veröffentlichen solle, habe ich mich dafür ausgesprochen. Denn wenn eine mit solcher Sorgfalt durchdachte gesetzgeberische Vorarbeit die Grundlage für eine mit einer gewissen Endgültigkeit ausgestattete Umgestaltung des Verfahrensrechts werden soll, so ist klar, daß sie auf eine ihrer würdige sachliche und gründliche weitere Verarbeitung Anspruch hat, die voraussichtlich eine Anzahl von Jahren erfordern wird — namentlich dann, wenn man diesen ersten, im Rahmen vorsichtiger Weiterentwicklung des Vorhandenen getanen Schritt nicht als das ansehen sollte, was wir brauchen, um die uns vorschwebenden Ziele einer grundsätzlichen Reform zu erreichen. Dieses Verarbeiten des Entwurfs durch die Wissenschaft und die kundigen Männer der Praxis in stiller und gewissenhafter Tätigkeit kann aber sicherlich mit großem Nutzen auch und gerade in den gegenwärtigen Zeiten geschehen, wo man die Gesetzgebungsmaschine nicht mit diesem Gewicht belasten darf.

Inzwischen ist aber von einem der ersten, die zu dem Entwurf das Wort genommen haben, der Wunsch ausgesprochen, er möge sobald als möglich Gesetz werden. Etwa durch Notverordnung? Glücklicherweise hat der Verweser des Justizministeriums selbst das Ziel bezeichnet, „daß es hoffentlich unter glücklicheren Verhältnissen gelingen werde, den Bau zu vollenden“. Die Absicht des RJM. ist, alle Kreise des Volkes zur Mitwirkung bei der weiteren Reformarbeit zu gewinnen. Wenn aus diesem Gedanken heraus die JW. kurze Einführungsaufsätze erscheinen läßt, so wird das Billigung finden, auch wenn es unmöglich ist, die Arbeit, die eine eingehende Kritik des Entwurfs erfordert, in einen Zeitraum von zwei Wochen nach seinem Erscheinen zusammenzupressen. Es bleibt nur der Bericht über das Wichtigste und, in Verbindung mit äußerst zurückhaltender Kritik, ein Hinweis auf Fragen möglich, deren Erörterung in weiteren Kreisen wünschenswert erscheinen muß.

2. Reformarbeit in eigentlichem größeren Sinne wird nur hinsichtlich der Zwangsvollstreckung geleistet. Im übrigen ist die organische Fortführung der bisherigen Entwicklung, das Einpassen und die Vereinheitlichung der Novellenarbeit (die zum Teil weit entschiedenere Eingriffe vorgenommen hatte als der vorliegende Entwurf) und die Klarstellung gewisser wissenschaftlicher Grundfragen als Hauptaufgabe angesehen worden. Danach bringt nur das jetzige neunte Buch — Zwangsvollstreckung und -vollzug — eine Abkehr vom bisherigen System. Es legt die Durchführung der Vollstreckung in die Hand des Staates. Der Gläubiger kann nur den ersten Anstoß geben, sich auch „Anregungen“ gestatten, in die Durchführung der Vollstreckung durch die staatliche „Behörde“ redet er nicht mehr hinein.

a) Schon die allgemeine Einleitung der Begründung weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, daß sich die Vorstellung vom Wesen des Zivilprozesses im Laufe der Zeiten innerlich gewandelt habe und betont die Abwendung von den Grundsätzen des Individualismus, die die erste Entstehungszeit des Gesetzes beherrscht hätten, die Abkehr von der liberalen Staatsidee: „Wenn nunmehr in letzter Zeit auch das Prozeßrecht die freie Betätigung des Einzelwillens insofern einschränkt, als dies die Rücksicht auf die Erfüllung seiner Aufgabe als Rechtsschutzeinrichtung erheischt, so ist dies kein willkürlicher Bruch mit dem historisch Gewordenen, kein Rückschlag in den überwundenen Geist des Polizeistaates, sondern die naturgemäße Auswirkung der sozialen Gedanken, die seit dem Ausgang des vergangenen Jahrhunderts unsere Rechtsentwicklung beherrschen.“ Die allgemeine Begründung zum neunten Buch nimmt diese Gedanken in ihrer Vorbemerkung auf. Sie wiederholt, daß sich die Auffassung von den Aufgaben und Pflichten der Gemeinschaft wie der einzelnen tiefgreifend geändert haben und sieht in der Entwicklung des Vollstreckungsrechtes die Überzeugung zutage treten, daß die Vollstreckungsordnung „allgemeinwirtschaftlichen und

gemeinschaftsethischen Gesichtspunkten in höherem Maße Rechnung tragen müsse, als es früher geboten erschienen sei".

Die Begründung will allerdings von solch doktrinären Erwägungen die Entscheidung über die grundsätzliche Änderungsbedürftigkeit der Vollstreckungsordnung nicht abhängig machen, sondern geht über zu einer näheren Prüfung der Nachteile der bisherigen Vorschriften für den Gläubiger insbesondere, den Schuldner und die Allgemeinheit und zieht daraus ihre Folgerungen. Nachdem aber so die Notwendigkeit der Änderung bejaht wird, ist der ganze Neuaufbau der Vollstreckung, soweit der Entwurf ihn bringt, von den gekennzeichneten Gedanken beherrscht und bestimmt.

b) Ob das freilich dazu führen mußte, die Vollstreckung zu einer Sache staatlicher Verwaltung zu machen, ist eine Frage, die diskutiert werden muß.

Es ist nicht zu verkennen, daß auch hier ein Unterschied zwischen streitiger und verwaltender Rechtspflege hervortritt. Damit zeigt sich wieder an einem Einzelpunkt die Notwendigkeit der Überlegung, ob nicht jede grundsätzliche Reform, insbesondere aber eine der hier vorgesehenen Art, abhängig ist von einer Umgestaltung der Gerichts**verfassung**. Wahrscheinlich sind erst dann, wenn wir hierüber Klarheit haben, die Grundlagen für eine Entscheidung darüber geschaffen, ob die Vollstreckung Verwaltungskörpern der staatlichen Rechtspflege zu übertragen ist.

Aber auch dann bleibt eben immer noch das Ob zu prüfen, und hier wird doch wohl zur Diskussion gestellt werden dürfen, ob das Allheilmittel wirklich in einer weiteren Schaffung und Ausbildung staatlicher Behörden liegt. Die Begründung sagt, der Gedanke, daß die Macht des Staates vor dem Recht zurücktreten müsse, auch wenn es das eines einzelnen sei, nötige nicht dazu, die auf staatlichen Beistand angewiesenen Gläubiger und Schuldner hilflos und den zahlungsfälligen Schuldner möglichst unbehelligt zu lassen. Aber rechtfertigt das, Vollstreckungsbehörden zu errichten? Es wird zu prüfen sein, ob sich das gleiche Ziel nicht auch erreichen läßt, ohne den staatlichen Apparat zu vergrößern. Um eine Neuerung, „den Schuldnerschutz", herauszugreifen: Er wird sich in das Gesetz einbauen lassen, auch wenn die Vollstreckung nicht ausschließlich in der Hand des Staates liegt.

Der Entwurf überträgt die Aufgabe der Vollstreckung den Gerichten. Im Rahmen des geplanten Systems entspricht das insbesondere Einzelheiten praktischer Art, die beachtlich sind. Aber abgesehen davon, daß der Gedanke folgerichtig durchgeführt zu reinen Verwaltungsbehörden leiten könnte: entsteht nicht die Gefahr, daß das Schwergewicht des Vollstreckungsrechtes, soweit seine Durchführung in Frage steht, vom Gesetz in die Dienstanweisungen und sonstigen Verordnungen hinübergleitet? Ob in Dingen der Vollstreckung aber der verwaltungsmäßige Rechtsschutz genügt, wenn sein Gebiet sich tatsächlich so weit erweitern sollte, das ist eine Frage, die ernstlich zu erwägen sein wird.

Will man nun aber daran festhalten, daß Gläubiger und Schuldner so sehr auf staatlichen Beistand angewiesen seien, weshalb zieht man nicht das beweglichste Organ der Rechtspflege, die Anwaltschaft, zu dieser Rechtshilfe heran? Ich habe schon an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß man in Zeiten, in denen der Staat nach jeder Erleichterung suchen muß, ihn in steigendem Maße mit Aufgaben belastet, indem man seine beste Hilfskraft auf dem Gebiet der Rechtspflege, die Anwaltschaft, abdrängt. Hier geschieht dies von neuem: Der Entwurf schaltet die Anwaltschaft aus der Vollstreckung aus. Glauben die Verfasser, daß Gläubiger und Schuldner bei der Anwaltschaft schlecht aufgehoben waren? Freilich, wenn man die Ausführungen von **Preiser** liest, möchte man schier daran verzweifeln, für das Wesen, die innere Einstellung, die Berufsethik des deutschen Rechtsanwalts jemals volle Anerkennung zu finden. Aber lassen wir das beiseite: Die praktische Handhabung der Vollstreckung durch die Anwaltschaft hat noch immer in jedem einzelnen Fall den Ausgleich zwischen Gläubiger und Schuldner zu finden gewußt, der in billiger Weise jeweils den Verhältnissen entsprach.

Zur Zeit der Ausarbeitung des Entwurfs mögen die Bestrebungen der Anwaltschaft, die Unterlagen der Vollstreckung im Sinne praktischer Zweckmäßigkeit auszubauen, noch nicht bekannt gewesen sein. Der Entwurf sieht Materialsammlungen des Vollstreckungsgerichtes über die Schuldner auf Grund der amtlichen Ermittelungen vor. Dehne man doch den Gedanken der Arbeitsgemeinschaft zwischen Gericht und Anwalt — die ja eine noch viel engere, viel persönlichere ist als die zwischen Gericht und Partei, auf die der Entwurf so großen Wert legt — in allen diesen Dingen, in denen dies praktisch möglich ist, auf die Vollstreckung aus und lasse dann der Anwaltschaft die Mitarbeit in der Vollstreckung, auch wenn man sie anderen — insbesondere der Partei selbst oder gar Winkeladvokaten — nicht glaubt übertragen zu können. Man wird dann neben dem Verwaltungsapparat das bewegliche Organ der Anwaltschaft haben, und es wird abzuwarten sein, wessen Hilfe die Partei in erster Linie in Anspruch nimmt.

c) Für die Ausgestaltung der Vollstreckung stehen Zweckmäßigkeitsfragen im Vordergrund. Von besonderer Bedeutung sind daher die Ausführungen, die die Begründung über Vor- und Nachteile des bisherigen Verfahrens für Gläubiger und Schuldner macht. Daß man gegenüber den zahlungsfälligen Schuldnern nicht jede Härte anwendet, die überhaupt denkbar ist, weil der Gläubiger sich dadurch nur selbst schadet, ist bereits in einem derartigen Umfange Allgemeinwissen der Wirtschaft geworden, daß man sich bisweilen fragt, ob es sich mit der Gemeinschaftsethik und den persönlichen Grundsätzen der Gesamtwirtschaft noch verträgt, wenn man auch den böswilligen Schuldner sein Wesen weiter treiben läßt, der offensichtlich mit der Einstellung, um nicht zu sagen mit den modernen Anschauungen spekuliert. Hierüber wird eine Erörterung kaum zu Schwierigkeiten führen, wenn sie nicht von vornherein auf weltanschauliche Gegensätze abstellt. Anders aber steht es mit den Nachteilen, die die Begründung in der gegenwärtigen Regelung für den Gläubiger sieht, und mit denen sie gerade dadurch aufräumen will, daß sie die Vollstreckung in der Hand einer Behörde zentralisiert. Es sind dies: Das Unwesen der vorläufigen Einstellung; die Unkenntnis des Gläubigers über die wirklichen Verhältnisse des Schuldners; aus ihr folgend die Unmöglichkeit für ihn, stets den richtigen Antrag rechtzeitig zu stellen. Das erste Moment ist eine Frage der Handhabung; natürlich wird eine Behörde, die die Verhältnisse des Schuldners genau kennt, leichter die richtige Entscheidung treffen. Die beiden anderen Gesichtspunkte sind von weit größerer Bedeutung. Sie besitzen für den ersten Augenblick eine erhebliche Überzeugungskraft. Es wird sachlich zu prüfen sein, ob der Umstand, daß schließlich nur eine Behörde Ermittlungsbefugnisse erhalten kann, die an sich von der Begründung nicht gezogene Folgerung rechtfertigt, daß der rein amtliche Vollstreckungsbetrieb eingeführt werden müsse.

Es wird weiteren eingehenderen Untersuchungen vorbehalten bleiben müssen, ob die Ermittlungstätigkeit der Vollstreckungsbehörde vom System des Entwurfs abhängig ist oder nicht, wie auch sonst bei vielen Einzelheiten nicht die Notwendigkeit gegeben ist, einen behördlichen Apparat zu schaffen, wie z. B. bei der vom Entwurf vorgesehenen Möglichkeit, den Schuldner von vornherein für den Fall der Ergebnislosigkeit der Vollstreckung zur Offenlegung seiner Verhältnisse aufzufordern. Der sicherlich sehr begrüßenswerte Zwang zu sofortiger Ehrlichkeit (Verlust des Anspruchs auf Schuldnerschutz) dürfte auch ohne das Zivilvollzugsamt einführbar sein. Daß ein besonderes Schuldnerschutzverfahren, in welchem zunächst eine gütliche Einigung der Parteien über die Befriedigung des Gläubigers je nach den Kräften des Schuldners angestrebt werden soll, in dem aber auch ohne Zustimmung des Gläubigers Zahlungsfristen bewilligt werden können, nicht ohne Inanspruchnahme des Vollstreckungsgerichts durchgeführt werden kann, liegt auf der Hand, kann aber für sich allein wohl keinen Grund für das vorgeschlagene System abgeben.

Der Entwurf will „die Tätigkeit und Entschlußkraft einer Behörde, eben des Vollstreckungsgerichtes", für die Bewältigung der Vollstreckungsaufgabe fruchtbar machen. Es gibt aber auch ein Schlagwort von der Schwerfälligkeit der Bürokratie. Kommt hinzu, daß — wie vom Staate zu erwarten war — seine Haftung im wesentlichen dadurch eliminiert ist, daß alles auf das Ermessen der Behörde abgestellt wird, so wird in viel überzeugenderer Weise als in

der Begründung geschehen, dargetan werden müssen, daß das neue Vollstreckungswesen als solches wirklich eine Verbesserung darstellt. Stellt man aber an die Verantwortung des Vollstreckungsgerichts Anforderungen ernsterer Art — sie brauchen nicht einmal so streng zu sein, wie sie die Rechtsprechung jetzt den Rechtsanwälten gegenüber aufstellt —, so wird der Staat auch in glücklicheren Zeiten als den heutigen, wie wir sie für die Einführung der Reform erhoffen, sich ernstlich überlegen müssen, ob er dies Haftungsrisiko laufen kann. Dazu kommt die Geschäftsbelastung. Was die Begründung hierüber sagt, bewegt sich im wesentlichen auf dem Gebiet der Vermutung und klingt nicht recht überzeugt, geschweige denn überzeugend. Erfreulich aber ist zu lesen, daß, wenn die vorgeschlagene Lösung die richtige sei, die Geschäftsbelastung (sc. mit ihren Kosten) um der Belastung der Gesamtwirtschaft willen in Kauf genommen werden müsse.

d) Im Anschluß an diese Erwägungen über das grundsätzliche System des Entwurfes sei darauf hingewiesen, daß er sich streng im Rahmen der Änderung der geltenden Zivilprozeßordnung hält. Wiederum taucht die Frage auf, ob diese Beschränkung richtig ist. Wie die Gerichtsverfassung unberührt gelassen wurde, so ist auch der Zusammenhang mit den anderen Vollstreckungsgesetzen nicht hergestellt. Will man aber zwischen Streitverfahren und Vollstreckung einen so glatten Schnitt machen, wie der Entwurf es tut, dann liegt der Gedanke zum Greifen nahe, das Vollstreckungswesen ganz von der Zivilprozeßordnung zu lösen und unter Zusammenfassung aller zugehörigen Teile zu einer einheitlichen großen Vollstreckungsordnung zu gestalten. Auch nach dieser Richtung hin wird zu prüfen sein, ob wir uns mit Stückwerk begnügen können, eine Frage, die sich um so mehr aufdrängt, als — wie Goldschmidt bereits berichtet hat — die Priorität nicht mehr einen uneingeschränkten Vorrang geben soll, der Entwurf vielmehr das Ausgleichsprinzip, d. h. die Befriedigung mehrerer Gläubiger in Gruppen, verfolgt.

3. Der Entwurf hat Arrest und einstweilige Verfügung bei der Zwangsvollstreckung belassen, das Mahnverfahren — dessen Lösung ich genial finde[1]) — in die Zwangsvollstreckung eingeordnet, die vorläufige Vollstreckbarkeit aber herausgenommen und in den Titel „Urteil" des Verfahrens erster Instanz gesetzt. Wenn auch Fragen der systematischen Anordnung von untergeordneter Bedeutung sein mögen, so ist bei einem derartigen Reformwerk doch der gedankliche Zusammenhang der einzelnen Teile zu beachten, sonst entstehen Widersprüche, deren Auswirkung in der späteren Praxis nicht vorauszusehen ist. Der Entwurf hat auch sonst die Entstehung des Vollstreckungstitels in den Vollstreckungsvorschriften behandelt. Bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit dürfte unter den Bestimmungen über das Urteil ein Vermerk darüber genügen, daß der Tenor auch eine Entscheidung über sie enthalten muß.

Hinzuweisen ist, wenn man dem Gedanken der Gruppierung überhaupt nachgehen will, noch darauf, daß Urkunden- und Wechselprozeß systematisch eng mit dem übrigen Verfahren zusammenhängen, die einen Titel unter Vorbehalt der endgültigen Nachprüfung schaffen sollen. Zu prüfen ist auch, ob die Bestimmung über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile nicht an die Stelle des alten § 722 zurückzubringen sind. Das ginge ohne weiteres. Nicht so leicht wäre die Einordnung für die Vollstreckung von Schiedssprüchen. Hat man aber für die zukünftige Reform das Bild einer einheitlichen Vollstreckungsordnung vor Augen, so müßte in dieser alles, was zur Vollstreckung gehört, Aufnahme finden.

4. Sachlich fällt die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts selbstverständlich den Amtsgerichten zu, solange die gegenwärtige Gerichtsverfassung unberührt bleibt. Die örtliche Zuständigkeit ist eine ausschließliche; da aber Wohnsitz, Sitz, geschäftliche Niederlassung durch ein „oder" dem Bezirk koordiniert sind, in dem sich Vermögen befindet (§ 786 Entw.), können mehrere Amtsgerichte zugleich ausschließlich zuständig sein; unter mehreren entscheidet dann die Priorität des Antrages. Da nun aber der Entwurf die Vereinheitlichung der Vollstreckung in der Hand einer Behörde anstrebt, wofür das Ausgleichsprinzip bei der gruppenweisen Befriedigung mehrerer Gläubiger eine entscheidende Rolle spielt, so mußte der Entwurf die Vielfältigkeit der Zuständigkeiten durch eine Reihe von Bestimmungen über die Übernahme der Vollstreckung von einem Vollstreckungsgericht auf das andere ausschalten. Dazu schreibt er in bestimmten Fällen die Benachrichtigung des Hauptvollstreckungsgerichtes durch die anderen vor. So entsteht ein behördlicher Zuständigkeitsappparat, dessen Notwendigkeit ernstlich zu überprüfen sein wird. Vielleicht muß man die Umständlichkeit in Kauf nehmen, um die Vorteile der Vereinheitlichung der Vollstreckung zu erreichen. Vielleicht wird sich aber eine Schwerfälligkeit ergeben, die in beachtlichem Maße gegen die Einführung neuer Prinzipien spricht, zumal wenn sie wie das Ausgleichsprinzip der sonst betonten historischen Entwicklung nicht entsprechen.

Man fragt sich, ob die Einführung dieses Prinzips namentlich in seiner Abgrenzung auf Zehntagegruppen nicht in Wahrheit eine mehr theoretische Verstärkung der Gründe für die vorgeschlagene behördliche Zentralisierung sein soll, wobei zu beachten ist, daß das Ausgleichsprinzip in praktischer Beziehung gleichzeitig eine wesentliche Minderung des staatlichen Haftungsrisikos bedeutet und deshalb für eine behördliche Organisation wie die des Entwurfs geradezu unentbehrlich sein dürfte.

5. Eins der praktischen Hauptziele des ganzen Entwurfs ist, die Mittel zu beschneiden, mit denen erst der böswillige, dann schließlich jeder Schuldner im ersten Abschnitt des Verfahrens die Entstehung des Titels, im zweiten die Durchführung der Vollstreckung erschweren kann. Im Gebiet der Vollstreckung wird demgemäß der Versuch gemacht, entbehrliche Klagen wegen ihrer störenden Wirkung zu beseitigen und durch Entscheidungen und dazugehörige Rechtsmittel des Vollstreckungsverfahrens zu ersetzen. Um hierfür die rechtliche Grundlage zu schaffen, unterscheidet der Entwurf zwischen Rechtsvoraussetzungen — durch zwingende Vorschriften aufgestellten Vollstreckungsvoraussetzungen (§ 780 Abs. 1) — und Ordnungsvoraussetzungen — die übrigen Voraussetzungen für die Vollstreckungen (§ 780 Abs. 2) — und stellt diesen Voraussetzungen die „vollstreckungsabwendenden Umstände" — Tilgung, Erlaß oder Stundung (§ 818 Abs. 1) — und die „Drittrechte" — Normalfall: das die Veräußerung hindernde Recht eines Dritten — gegenüber.

Über Ordnungsvoraussetzungen entscheidet das Vollstreckungsgericht durch Verfügung, soweit nicht die Beschlußform ausdrücklich vorgeschrieben ist. Gegen Verfügungen gibt es die Erinnerung (§ 818 Abs. 1 Satz 2). Trifft diese eine Rechtsvoraussetzung oder ist es sonst vorgeschrieben, so wird durch Beschluß entschieden, sonst durch Verfügung; eine weitere Erinnerung gegen diese Verfügung gibt es nicht (§ 844). Über Rechtsvoraussetzungen entscheidet das Vollstreckungsgericht durch Beschluß (§ 782), der mit der Vollstreckungsbeschwerde (§ 838) anfechtbar ist. Über diese entscheidet das übergeordnete Gericht, nachdem das Vollstreckungsgericht die Frage der vorläufigen Einstellung geprüft hat. Daneben gibt es die „besondere Vollstreckungsbeschwerde" in gesetzlich bestimmten Fällen (§ 842), zu denen die oben erwähnten vollstreckungsabwendenden Umstände und die Drittrechte gehören; ferner Umschreibungsfragen, der Fall des Rückrufs und einige andere Fälle. Hierin liegt die Regelung für die Behandlung derjenigen Fälle, in denen unnütze Klagen vor dem Streitgericht vermieden und im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zur Entscheidung gebracht werden sollen. Um aber die Garantie des ordentlichen Verfahrens doch nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten, ist die besondere Vollstreckungsbeschwerde besonders ausgestaltet: Anwaltszwang, Form der Klageschrift, mündliche Verhandlung; bei Unzulässigkeit Verwerfung durch Beschluß, sonst Urteil, gegebenenfalls Revision. Es handelt sich also in Wahrheit um eine Überleitung in die zweite Instanz des ordentlichen Streitverfahrens, eine höchst bemerkenswerte Regelung, die Instanzen spart und doch die Hauptgarantien des ordentlichen Rechtsganges erhält.

Außerdem aber kann das Vollstreckungsgericht im Bereich der Rechtsvoraussetzungen, über die es grundsätzlich selbst

---

[1]) Es wird zu untersuchen sein, ob hier nicht ein wesentlicher Grund für die Vollstreckungsbehörde gegeben ist. Die vorgeschlagene Lösung verbindet übrigens die verschiedenen Teile der verwaltenden Rechtspflege und ruft den Vorschlag, hierfür das Friedensgericht zu schaffen, in Erinnerung.

zu entscheiden hat, in gewissem Umfange die Parteien „auf den Rechtsweg verweisen“, wenn es dies für sachdienlich hält. Dann ist die Sache im ordentlichen Verfahren auszutragen. Diese Möglichkeit ist allerdings beschränkt auf die vollstreckungsabwendenden Umstände, die Drittrechte und die Anträge, welche die Umschreibung der Klausel und ihre Erteilung in Bedingungsfällen betreffen[2].

In Verbindung hiermit sind wohlüberlegte Vorschriften aufgestellt, welche die vorläufige Einstellung der Vollstreckung regeln. Insbesondere hat das Vollstreckungsgericht diese Frage von sich aus kraft seiner Ermittelungsbefugnis zu klären, bevor es die Akte an die höhere Instanz abgibt. Eines besondern Gesetzesvorschlages ist dabei zu gedenken, des § 839 Entw., der das Vollstreckungsgericht ermächtigt, gegen seine eigene Entscheidung „den Fortgang des Verfahrens einstweilen aufzuschieben“, vor oder auch nach Einlegung der Beschwerde, wenn „eine abweichende Entscheidung nicht ausgeschlossen erscheint und der sofortige Vollzug einen nicht zu ersetzenden Nachteil zur Folge hätte“, eine weise Regel, die dem Richter die Freiheit seiner Entschließung auch in den Fällen sichert, in denen sonst seine Entscheidung durch ihre unmittelbare Folge beeinflußt werden könnte.

Das ganze sorgfältig durchdachte System kann hier nur in seinen Grundzügen skizziert werden. Bei der Überarbeitung wird geprüft werden müssen, ob es ausreichende Rechtsschutzgarantien bietet, namentlich wenn man berücksichtigt, daß nach dem Entwurf in weitem Umfange der Rechtspfleger berufen sein soll, die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichtes auszuüben. Hierauf näher einzugehen, muß vorbehalten bleiben. Das geschilderte System halte ich für begrüßenswert. Die Vorschläge gewähren, wenngleich sie anfangs etwas „kompliziert“ erscheinen — ein bekannter Vorwurf, mit dem man sich leider bisweilen der Nachprüfung entzieht — jene Elastizität des Verfahrens, die bei geeigneter Handhabung jeder Sache diejenige Behandlung zuteil werden läßt, auf die sie ihrer Eigenart nach Anspruch hat.

Dabei ist zu beachten, daß die Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts nach der Begründung wohl Unanfechtbarkeit erlangen, wenn sie nicht mit der Beschwerde angegriffen werden, daß ihnen aber materielle Rechtskraft nicht zukommt. Die Begründung rechtfertigt dies mit der Notwendigkeit eines schleunigen Verfahrens. Den Beschlüssen und Urteilen der höheren Instanz ist aber die Fähigkeit materieller Rechtskraft zuerkannt worden.

Ob diese Regelung bedenkenfrei ist, wird zu prüfen sein. Bei der Überleitung in das ordentliche Verfahren werden die Bedenken geringer sein können als in den Fällen, in denen die materielle Rechtskraft den Beschlüssen der oberen Instanz beigelegt wird. Doch bedürfen diese Fragen sorgfältigerer Untersuchung als sie im Augenblick möglich ist. Bei aller Notwendigkeit der Beschleunigung und Vereinfachung verdienen doch die Rechtsschutzgarantien jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Wirkung über die Abwickelung der Vollstreckung selbst hinausreicht, ernsteste Aufmerksamkeit.

Umgekehrt will die Begründung dem Vollstreckungsgericht die Befugnis geben, auch unanfechtbare Beschlüsse — von den Verfügungen ist hier nicht die Rede — durch andere zu ersetzen. Es wird Aufgabe der Kritik sein, die Grenzen einer solchen Befugnis festzulegen und die Gefahr zu bannen, die darin liegt, daß der Beschließende die Möglichkeit einer späteren Änderung immer als Rückzugslinie vor sich hat, wenn sein Beschluß versagen sollte.

6. Bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen hält der Entwurf an der Form des Pfandrechts fest. Die Begründung spricht von einem „durch die Beschlagnahme entstehenden Gläubigerrecht“. Bei der Umstellung, die die Organisation der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen erfährt, überrascht diese Einstellung. Sie erklärt sich vielleicht daraus, daß der Entwurf sich bemüht, im Rahmen der alten Prozeßordnung zu bleiben; der gegebene Zusammenhang mit den anderen Vollstreckungsgesetzen hätte eigentlich dazu führen müssen, diese Rechtsform fallen zu lassen und unter Betonung des öffentlich-rechtlichen Gesichtspunktes die Beschlagnahme als staatlichen Akt und die aus ihr erwachsende Verstrickung in den Vordergrund zu stellen. Dies um so mehr, wenn der Staat seinerseits die ganze Verantwortung für die ordnungsmäßige Befriedigung der Gläubiger im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten auf sich nimmt, ein alter Auffassung entsprechendes unmittelbares Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldner also überhaupt nicht mehr entsteht. Betont doch die Begründung selbst bei der Erörterung der Rechts- und Ordnungsvoraussetzungen, daß auch, wenn ein Pfandrecht nicht entstehe, weil gegen eine Rechtsvoraussetzung verstoßen war, der Vollstreckungsakt als öffentlich-rechtliche Zwangsmaßnahme nicht ohne weiteres nichtig sei[3]. Es ist daher zu prüfen, ob die Beibehaltung eines Pfandrechtes zu rechtfertigen ist, insbesondere wenn die Rangfolge nach dem Ausgleichsprinzip besonders geregelt werden soll, oder ob es nicht richtiger ist, nach dieser Richtung hin das künftige Vollstreckungsrecht i. S. der modernen deutschen Vollstreckungsgesetze auszugestalten.

7. Bei der Forderungspfändung soll eine grundsätzliche Änderung in der Bedeutung der Überweisung zur Einziehung eintreten. Die Einziehung selbst führt nach dem Entwurf nicht unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers, sondern ist ein Verwaltungsakt, den an sich folgerichtigerweise die Vollstreckungsbehörde selbst vornehmen müßte. Die Besonderheit der Neugestaltung liegt weniger darin, daß der einziehende Gläubiger nur Leistung an das Vollstreckungsgericht verlangen kann; denn wenn der Schuldner keine anderen Gläubiger zu befriedigen hat, wird das Vollstreckungsgericht wohl von der Befugnis, eine andere Regelung zu treffen, Gebrauch machen und den Schuldner anweisen, an den Gläubiger zu zahlen. Ihr wahres Licht erhält die Bestimmung erst, wenn die Überweisung zur Einziehung eine Forderung trifft, an deren Beschlagnahme und Verwertung nach dem Ausgleichsprinzip mehrere Gläubiger beteiligt sind. Einem von ihnen soll dann die Vollstreckungsbehörde die Einziehung zuweisen. Damit erlangt er eine Verwaltungsaufgabe, die ihm weniger Rechte als Pflichten einträgt. Ohne Zustimmung der anderen kann der Ausgewählte auf die einmal verfügte Überweisung nicht verzichten, sich auch, wie die Begründung betont, nicht durch Verzicht auf sein Pfandrecht der ihn infolge der Überweisung treffenden Pflicht entziehen. Wer möchte sich diese Mühe machen, um nachher aus der Kasse des Gerichts, zu der der beigetriebene Betrag fließt, seinen bescheidenen Anteil in Empfang zu nehmen und sich womöglich noch Regreßangriffen der anderen auszusetzen! Will aber keiner das Amt übernehmen, so soll, wenn nicht eine andere Verwertung möglich ist, die Unverwertbarkeit der Forderung feststehen, so daß sie frei zu geben wäre.

Über die praktischen Aussichten dieser Regelung werden die Meinungen wohl geteilt sein. Mit dem Mangel an Folgerichtigkeit, mit dem hier der die Vollstreckung in toto an sich ziehende Staat plötzlich eine wichtige Maßnahme, nämlich die Verwertung, aus der Hand gibt und dem erkorenen Gläubiger nicht nur die Pein der Arbeit für andere, sondern auch noch das Risiko zuschieben will, diesen etwas schuldig zu werden, scheint mir nur die Gefahr der grundsätzlichen Ablehnung des kunstvollen Aufbaues eines Zivilvollzugsamtes heraufbeschworen zu werden.

Entweder — oder! Wer nach der Regierung strebt, muß auch willens sein, die Lasten und die Verantwortung mit allen ihren Folgen auf sich zu nehmen, wenn wir wirklich davor bewahrt werden sollen, einen Rückfall in den Polizeistaat zu erleben.

IV.

Von Rechtsanwalt Ernst Langenbach, Darmstadt.

I. Bei dem ersten Versuch, sich einen Überblick über die Pläne des Entwurfes zur Zwangsvollstreckung zu verschaffen, wird wohl jeder ernsthafte Leser vor allen Dingen Hochachtung vor dem riesigen Fleiß der Bearbeiter und vor dem Mut empfinden, mit dem sie eine ganze Fülle völlig neuer Rechts-

[2] Ein besonderer Fall für die Anfechtungsklage, falls das Vollstreckungsgericht den Rückruf nicht ausspricht, kommt hinzu.

[3] Die näheren Ausführungen hierzu finden sich in der speziellen Begründung zu § 780 unter I.

gedanken in angemessenen neuen Formen ausprägen. Dabei ist nicht zu verwundern, daß der Entwurf in seinen Zielen, wie es den augenblicklichen allgemein-politischen Verhältnissen entspricht, weit mehr als unser geltendes Gesetz die Stärke der Staatsgewalt betont. Wie auch sonst im Leben zur Zeit die Einzelpersönlichkeit im Verhältnis zu Personengesamtheiten und ganz besonders zum Staate geringer bewertet wird, wie das Gedankengut des Liberalismus allgemein an Beachtung verloren hat, so betont auch die Begründung S. 400/401, die Auffassung von den Aufgaben und Pflichten der Gemeinschaft wie der Einzelnen habe sich seit 1877 allmählich tiefgreifend geändert. Der Entwurf will nicht mehr die auf staatlichen Beistand angewiesenen Gläubiger und Schuldner hilflos und die zahlungsfälligen Schuldner möglichst unbehelligt lassen: er will vor allen Dingen gegen schlechte Zahlungssitten und gegen Böswilligkeit ankämpfen. Er will Prozeßverschleppung, Vollstreckungsverschleppung und Vollstreckungsflucht mit allen Mitteln verhindern, auf der anderen Seite lebensfähige Schuldner nicht dem völligen Verfall preisgeben, wenn dies ohne Schädigung der Gläubiger vermeidbar ist. Diese Aufgaben seien, meint die Begründung S. 408, für die Privatinitiative und für zersplitterte, nur mit dürftigen Befugnissen ausgestattete Vollstreckungsbehörden unlösbar.

II. Einer der Hauptgedanken des Entwurfes ist deshalb, die Stellung des Vollstreckungsgerichts wesentlich zu stärken. Eines der Hauptmittel hierzu findet der Entwurf darin, daß er dem Vollstreckungsgericht das Mahnverfahren überträgt (§§ 800 ff.). Man will besser als bisher zwischen streitigen und nicht streitigen Sachen scheiden. Der Kl. soll deshalb nach § 207 Abs. 2, wenn er einen Anspruch, der im Mahnverfahren geltend gemacht werden könnte, einklagt, in der Klageschrift den Grund angeben, der die Klage statt des Zahlungsbefehls rechtfertigt. § 94 sieht eine Kostenstrafe für denjenigen Kl. vor, der diese Angaben unterläßt oder einen unzureichenden Grund angibt. Er soll nämlich im Falle des sofortigen Anerkenntnisses als auch bei Versäumnis des Bekl. die Kosten insoweit tragen, als sie die des Mahnverfahrens übersteigen. Der Gedanke ist gut, ich zweifele aber, ob nicht die Frage nach dem „unzureichenden Grund" viel Verdruß und Willkür hervorrufen wird.

Sehr zu begrüßen ist es, daß der Gläubiger nur einen Antrag zu stellen braucht, den auf Erlassung des Zahlungsbefehls. Denn dieser gilt grundsätzlich zugleich als Antrag auf Durchführung der Vollstreckung (§ 801). Einen Vollstreckungsbefehl gibt es nicht mehr, vielmehr ist der Zahlungsbefehl selbst schon Titel, unter der Voraussetzung, daß nicht rechtzeitig ein formgerechter Widerspruch eingelegt wird. Dieser Widerspruch soll dem Schuldner etwas unbequemer gemacht werden, er soll nämlich in einer Erklärung bestehen, „aus der hervorgeht, daß der Erklärende sich zu Unrecht in Anspruch genommen glaubt". Damit diese Vorschrift keine stumpfe Waffe sei, bestimmt § 807 a. E., ergebe sich, daß der Schuldner diese Erklärung der Wahrheit zuwider abgegeben habe, so habe ihn das mit der Sache befaßte Streitgericht zu der gleichen Strafe zu verurteilen, die § 133 einer Partei für Erschleichung des Armenrechts androht: Ordnungsstrafe in Geld oder Ordnungshaft bis zu 6 Wochen Man wird nicht leugnen können, daß hier ein sehr wirksames Mittel vorgesehen ist, um bösartigen Verschleppungsversuchen vorzubeugen, wenn man sich auch sagen muß, daß vielleicht die Allerschlausten verstehen werden, ihr Ziel zu erreichen, auch ohne „der Wahrheit zuwider" zu handeln.

III. Aus den Ausführungen zu II. geht schon hervor, daß das System des Entwurfes stark von dem unserer geltenden ZPO. abweicht. Sucht man z. B. nach den allgemeinen Bestimmungen über Rechtskraft und vorläufige Vollstreckbarkeit, mit denen unser 8. Buch beginnt, so findet man sie im Entwurf statt dessen im zweiten Titel des Verfahrens in erster Instanz unter der Überschrift: Urteil. Sie sind dort unter IX. Vorläufige Vollstreckbarkeit und X. Rechtskraft zusammengestellt. Statt dessen steht an der Spitze der Vollstreckungsbestimmungen des Entwurfs der lapidare § 769, mit dem Wortlaut: „Die Zwangsvollstreckung liegt den Amtsgerichten als den Vollstreckungsgerichten ob". Denn man will mit voller Absicht die Gerichtsvollzieher mehr als bisher dem Vollstreckungsgericht unterordnen, und jeder Vollstreckungsantrag ist ausschließlich an das Vollstreckungsgericht zu stellen. Dieses arbeitet im Amtsverfahren, ist unter anderem befugt, nach den Grundsätzen des Streitverfahrens Ermittelungen anzustellen, um vom ersten Augenblick an den Erfolg der Vollstreckung zu sichern. Wichtig ist dabei die hier wiederkehrende Strafbestimmung des § 133 gegen Schuldner, die dem Vollstreckungsgericht oder dem Gerichtsvollzieher unrichtige Angaben machen: § 773, der die Überschrift „Wahrheitspflicht" trägt. Die Sicherungsbefugnisse des Vollstreckungsgerichts sind mit erfreulicher Vielseitigkeit vorgesehen, so kann nach § 864 das Vollstreckungsgericht, wenn die pfändbare Habe des Schuldners zur sofortigen Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, der Schuldner aber Einkünfte oder Vermögen zu erwarten hat, Anordnungen treffen, die die Vollstreckung in diese Befriedigungsmittel sichern sollen; unter anderem kann es dem Schuldner eine Anzeigepflicht auferlegen[1]). Das Vollstreckungsgericht ist weiter nach § 774 befugt, von dem Schuldner eine schriftliche Vermögenserklärung unter eidesstattlicher Versicherung ihrer Richtigkeit zu fordern, und ihm sogar — von Amts wegen! — durch Beschluß die Offenlegung seines Vermögens aufzugeben. Dies führt uns zu

IV. dem Offenbarungseidsverfahren, bekanntlich einem der schlimmsten Versager unserer ZPO. Hier muß man dem Entwurf zugestehen, daß er den Hebel an den richtigen Stellen ansetzt. Denn

a) gebietet sein § 775 dem Schuldner, in dem Vermögensverzeichnis über seine derzeitige gesetzliche Pflicht hinaus die Veräußerungen zu offenbaren, die er in den letzten zwei Jahren unentgeltlich oder an seine Familienangehörigen vorgenommen hat. Und auch darüber hinaus ist das Vollstreckungsgericht zu bestimmten Fragen berechtigt, die der Schuldner beantworten muß.

b) nimmt der Entwurf dem Schuldner den Hauptteil des derzeit wirkenden Anreizes, sich der Offenbarungspflicht zu entziehen. Denn einem ohne ausreichende Entschuldigung nichterscheinenden oder die Offenlegung verweigernden Schuldner droht auch hier die schon zweimal erwähnte Ordnungsstrafe des § 133, und hieran reiht sich wieder ein ganz neuer Gedanke. Während zur Zeit viele Schuldner damit rechnen können, daß der Gläubiger zur Leistung des Verhaftungsvorschusses keine Lust hat, fällt nach dem Entwurf dieser Verhaftungsvorschuß fürs erste ganz weg. Denn die Ordnungshaft bis zu 6 Wochen nach § 133 wird von Amts wegen als Ungehorsamsfolge vollstreckt. Erst wenn ein Schuldner trotzdem den Eid verweigert, beginnt das Zwangsverfahren in unserem heutigen Sinne, die sog. Erzwingungshaft, § 985. Auch wird gegen hartnäckige Schuldner dem Gläubiger dadurch etwas geholfen, daß dieser die Haft- und Verpflegungskosten nur für eine Woche vorausbezahlen muß. Eine kleine auch nicht unwesentliche Verbesserung bringt schließlich § 866 gegenüber § 914 Abs. 2 ZPO.: Die 5-Jahresfrist wird auf 3 Jahre herabgesetzt.

V. Einer der systematisch wichtigsten Paragraphen ist § 780. Er unterscheidet zwischen zwei Arten von Vollstreckungsvoraussetzungen. Die einen sind die durch zwingende Vorschrift aufgestellten, sog. Rechtsvoraussetzungen, die anderen nennt der Entwurf Ordnungsvoraussetzungen. Nach unserem bisherigen Sprachgebrauch handelt es sich also um die Unterscheidung zwischen Muß- und Sollvorschriften. Die Begründung stellt auf S. 446 eine ganze Liste auf. Unter den Rechtsvoraussetzungen nenne ich beispielsweise Antrag und Schuldtitel, und unter den Ordnungsvoraussetzungen die örtliche Zuständigkeit. Die Folgen, die der Entwurf an diese Unterscheidungen knüpfen will, drückt er im § 780 m. E. nicht mit der wünschenswerten Klarheit aus. Man muß schon die Erläuterung zu Hilfe nehmen. Über die Ordnungsvoraussetzungen kann ausschließlich im Vollstreckungsverfahren entschieden werden, d. h. nicht nur, daß diese nicht Gegenstand einer Klage sein können, sondern Rechtmäßigkeitsmängel, die nicht spätestens vor Einstellung des Vollstreckungsverfahrens geltend gemacht werden, geben keinen Anlaß, die abgeschlossene Vollstreckung nachträglich rück-

[1]) Siehe unten Nr. VII.

gängig zu machen, sondern nur noch, um Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche herzuleiten. Auch über die Rechtsvoraussetzungen hat regelmäßig, aber nicht ausschließlich, das Vollstreckungsgericht zu entscheiden. Ziemlich klar erkennbar ist der Sinn dieser Unterscheidung aus § 882. Danach erwirbt ein Gläubiger ein gültiges Pfandrecht, wenn die Rechtsvoraussetzungen für die Pfändung gegeben waren, fehlen diese, so kommt es zu keinem gültigen Pfandrechtserwerb. Fehlt dagegen nur eine Ordnungsvoraussetzung, so erlischt das Pfandrecht erst hinterher mit der Aufhebung der Pfändung.

Das praktisch wichtigste Beispiel, das den Hauptunterschied gegen das jetzige System zeigt, ist die Widerspruchsklage, jetzt § 771, im Entwurf § 820. Dieser verbietet — wichtige positive Rechtsvoraussetzung! — die Durchführung der Vollstreckung in einen Gegenstand, an dem einem Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Der Dritte darf aus diesem Recht nicht ohne weiteres klagen, sondern er hat den Weg der Erinnerung und der besonderen Vollstreckungsbeschwerde. Aber das Vollstreckungsgericht kann den antragstellenden Dritten auf den Rechtsweg verweisen, wenn es diesen zum Austrag der Sache für geeigneter hält. Es wird einer sehr gründlichen Nachprüfung, besonders durch die Anwaltschaft, bedürfen, ob diese Regelung vorteilhafter ist als unsere jetzt geltende. Mir drängt sich jedenfalls fürs erste die Gefahr auf, daß das geplante Verfahren in den recht zahlreichen schwierigen Fällen zu einer erheblichen Verschlechterung führen wird. Denn ob sich solche zum Austrag vor dem Vollstreckungsrichter eignen, wird dieser durchaus nicht stets bei Beginn des Verfahrens erkennen können. In dieser Regelung steckt ein schlimmer Keim der Unsicherheit. Es will mir auch systematisch unerfreulich erscheinen, daß für einen und denselben Rechtsvorgang drei verschiedene Rechtsbehelfe vorgesehen sind. Eine gründliche Behandlung dieser Frage ist indessen im Rahmen dieser Übersicht unmöglich. Es sei in diesem Zusammenhang nur noch auf eine weitere Unterscheidung aufmerksam gemacht, die § 782 vorsieht: Über Rechtsvoraussetzungen entscheidet das Vollstreckungsgericht durch Beschluß, über anderes regelmäßig durch Verfügung. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß für den Beschluß regelmäßig Begründung und Zustellung vorgeschrieben ist, während für die Verfügungen kein Begründungszwang und Bekanntgabe nur bei ausdrücklicher Vorschrift oder mit Rücksicht auf die Beteiligten vorgesehen ist. Daß an dieser Stelle der Entwurf mit Bewußtsein und zu Unterscheidungszwecken den Ausdruck gebraucht, das Vollstreckungsgericht „befindet“ durch Verfügung, ist höchst unerfreulich. Man hätte überhaupt dem Entwurf an vielen Stellen eine bessere sprachliche Form geben können.

VI. Wie schon unter V. erwähnt, sieht der Entwurf in der Zwangsvollstreckung zwei Rechtsmittel vor: die Erinnerung und die Vollstreckungsbeschwerde, die sich von der für den Prozeß geltenden einfachen und sofortigen Beschwerde unterscheidet. Dabei stellt der Entwurf der gewöhnlichen Vollstreckungsbeschwerde, für die eine Notfrist von nur einer Woche vorgesehen ist, die sog. besondere Vollstreckungsbeschwerde §§ 842, 843 gegenüber. Diese soll unter anderem das Rechtsmittel sein, wenn, wie unter V. dargelegt, das Vollstreckungsgericht über ein Drittrecht entschieden hat. Der Entwurf sieht hier eine Beschwerdefrist von zwei Wochen vor, stellt sie unter Anwaltszwang, sieht mündliche Verhandlung vor und erklärt zur Entscheidung über dieses Rechtsmittel das OLG. für zuständig, wenn der Streitwert die amtsgerichtliche Zuständigkeit übersteigt. Die Entscheidung über diese Beschwerde erfolgt durch Urteil, das bei Zuständigkeit des OLG. nach den allgemeinen Regeln revisionsfähig sein soll.

VII. Eine kühne Neuerung sehen die §§ 857—859 vor. Sie gehen von der Erwägung aus, daß unser derzeitiges Gläubigeranfechtungsrecht wegen des Zwanges zur streitgerichtlichen Geltendmachung wenig befriedigt. Künftig soll deshalb das Vollstreckungsgericht ohne Antrag, allerdings nicht gegen den Willen des Gläubigers, den Rückruf eines anfechtbar veräußerten Gegenstandes beschließen dürfen. Schon bei Einleitung des Rückrufverfahrens kann der Gegenstand sichergestellt werden. Der Rückruf wird mit der Zustellung an den betreffenden Dritten wirksam, und zugunsten einer schon stattgehabten Pfändung hat der Rückruf Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Pfändung.

VIII. Einen ganz neuen Weg versucht der Entwurf, um das Rangverhältnis der Pfandgläubiger zu verbessern. Er schließt sich teilweise an ein Schweizer Vorbild an und versucht den konkursrechtlichen Ausgleichsgrundsatz mit dem für die Einzelvollstreckung geltenden Prioritätsgrundsatz zu versöhnen. Er kann sich allerdings nicht dazu entschließen, vollständig in das Ausgleichslager hinüberzuschwenken, sondern entscheidet sich für ein von ihm sog. Rangfristensystem. Mit Recht betont schon die Begründung selbst auf S. 429, daß man die Gerechtigkeit des einen oder anderen Grundsatzes verschieden auffassen könne. Die §§ 883—885 sehen Pfandrechtsgruppen vor. Man geht von dem Tage aus, an dem das erste Pfandrecht begründet ist, und rechnet von da aus 10 Tage weiter. Alle Gläubiger, die in diese Frist fallen, haben mit dem ersten Gläubiger gleichen Rang. Bei einer Mehrzahl von Pfandgläubigern werden immer wieder von neuem Pfandrechtsgruppen gebildet. Die bevorrechtigten Unterhaltsforderungen der Verwandten usw. bilden dabei eine Gruppe für sich. Ähnlich will der Entwurf im § 944 den Fall regeln, daß mehrere Gläubiger Zwangshypotheken beantragen, nur, daß er hier keine Fristen von 10, sondern von 30 Tagen vorsieht. Die Fristen der Vergleichsordnung machen also Schule, und es werden sich, wenn dieses Verfahren Gesetz wird, die Fälle mehren, in denen sich besondere Schnelligkeit in der Durchführung nicht mehr lohnen, der Wert eines Pfandrechtes ungewiß sein wird, allerdings nicht zum Vorteil des Schuldners, sondern anderer Gläubiger, die vielleicht nur durch irgendeinen Zufall weniger rasch zur Stelle sein konnten. Es ist nur folgerichtig, wenn die Begründung auf S. 431 für den Konkursfall den Pfändungspfandrechten keine Absonderungsrechte mehr zubilligen will.

IX. Einige beachtliche Vorschläge enthält der Entwurf zur Lehre der Forderungspfändung. Wie im ganzen Vollstreckungsverfahren kann der Gläubiger selbstverständlich Antrag stellen und wird im eigensten Interesse gut tun, dem Gericht Material zu liefern. Dieses braucht aber nicht darauf zu warten, es kann, wenn nur der allgemeine Vollstreckungsantrag des § 770 gestellt ist, die Pfändung einer Geldforderung verfügen (s. oben V. a. E.). Eine Überweisung zur Einziehung ist grundsätzlich zur Wirksamkeit der Pfändung nicht notwendig, vielmehr hat der Drittschuldner schon auf die Pfändungsverfügung hin regelmäßig zu leisten, und zwar nach § 909 — ein ganz eigenartiger neuer Gedanke! — nicht an den Gläubiger, sondern an das Vollstreckungsgericht, das die eingehenden Leistungen gegebenenfalls in einem Verteilungsverfahren durch Verfügung an die berechtigten Gläubiger abführt. Die Überweisung zur Einziehung ist erst vorgesehen für den Fall, daß die Forderung eingeklagt werden muß.

Eine selbstverständliche Folge dieser Regelung ist, daß § 915 an Stelle des sehr verbesserungsbedürftigen heutigen § 840 die Fragestellung an den Drittschuldner wesentlich verbessert, nämlich vorschreibt, daß der Schuldner auch erklären muß, ob er zur Zahlung imstande sei, daß er dies innerhalb einer Woche seit der Zustellung und gegenüber dem Vollstreckungsgericht zu erklären hat, und daß die Aufforderung zur Abgabe der Erklärung in die Pfändungsverfügung selbst aufzunehmen ist. Wie unser jetziger § 845, sieht § 924 eine Vorpfändungserklärung auf Betreiben des Gläubigers vor, außerdem ermächtigt aber § 923 den Gerichtsvollzieher aus eigenem Recht zur Abgabe einer Vorpfändungserklärung. Dies ist eine äußerst zu begrüßende Anregung. Denn wie oft teilen einem gewissenhafte Gerichtsvollzieher mit, der Schuldner besitze die und die Forderung. Warum soll er denn nicht berechtigt sein, zugunsten des Gläubigers aufs rascheste diese Forderung zu beschlagnahmen?

X. Die §§ 950 ff. stehen unter der Überschrift: Schuldnerschutzbestimmungen. Das Vollstreckungsgericht kann danach auf Antrag des Schuldners, wenn dies zur Befriedigung des Gläubigers förderlich erscheint, zwischen beiden ein gütliches Übereinkommen über die Abwickelung des Schuldverhältnisses vermitteln. Es kann auch — ein Rückgriff auf gesetzliche Versuche der Weltkriegsjahre — Zahlungsfristen bewilligen, um einerseits einen zahlungswilligen Schuldner vor dem Verfall seiner Wirtschaftskraft zu bewahren,

ohne andererseits die Wirtschaftslage des Gläubigers zu gefährden.

§ 955 entspricht dem jetzigen § 811 und verbessert in einigen Punkten die dort ausgesprochenen Pfändungsbeschränkungen. So schützt er unter Nr. 5 die geistigen Arbeiter, in der Nr. 10 auch die zur beruflichen Ausbildung erforderlichen Gegenstände und versucht, einen Mißbrauch zu Nr. 10, 11 und 13 dadurch zu verhüten, daß Kostbarkeiten nicht vor Pfändungen geschützt sind, auch wenn sie zum Gebrauch in dem Unterricht, in der Andacht, zur Taufe, Eheschließung und Bestattung usw. bestimmt sind. Neu ist auch die Möglichkeit, dem Schuldner für die gepfändete Sache ein zweckgenügendes Ersatzstück zu überlassen.

§ 958 ff. vereinheitlichen unter Bruch mit dem Aufzählungsverfahren des jetzigen § 850 dessen Bestimmungen und die der Lohnpfändungsverordnung. § 958 will allgemein jedes Einkommen schützen, das der Schuldner auf Grund eines bürgerlich-rechtlichen Verhältnisses aus geistiger oder körperlicher Arbeit bezieht, nur mit der einen Ausnahme, daß das Einkommen aus der Verwertung wirtschaftlicher Anlagen erworben wird. Die Begründung erwähnt zur Erläuterung den Einkommensteil der Arbeit im Unternehmergewinn. Der Gedanke mag gut sein, die Fassung ist aber für die Praxis nicht klar genug. Die Bestimmung schützt also auch das Einkommen aus abhängiger Arbeit, das nicht regelmäßig fließt, und das Einkommen aus freier Arbeit. Die Begründung erwähnt besonders den Handwerker, Arzt und Rechtsanwalt.

Mit Absicht sieht der Entwurf davon ab, für die derzeit geltenden Pfändungsgrenzen Abänderung vorzuschlagen. Dies ist in der Tat zweckmäßig, weil zum Jahresende die Lohnpfändungsgesetzgebung sowieso erneuert werden muß. Der Verfasser möchte indessen doch seine Überzeugung aussprechen, die er jetzt mehr denn früher hegt, daß die derzeit geltenden und von dem Entwurf beibehaltenen Pfändungsgrenzen weder der augenblicklichen Wirtschaftslage entsprechen noch das Verhältnis zwischen kreditgebendem Gläubiger und Schuldner richtig auswägen. Es war für zahlreiche Gläubiger ein harter Schlag, als durch die letzte Abänderung der Lohnpfändungsverordnung im Jahre 1928 die Pfändungsgrenzen stark erhöht wurden und ein bisher durchaus angemessen kreditierter Ausstand plötzlich zur Unbeitreibbarkeit verurteilt wurde. Die damalige Gesetzesänderung wurde bekanntlich durch einen Initiativantrag aus der Mitte des Reichstags unter Führung unseres Altmeisters Kahl veranlaßt. Der Antrag schoß schon damals erheblich über das Ziel hinaus, und jetzt ist es höchste Zeit, die Rechtslage zu ändern. Im Zeichen allgemeinen Gehaltsabbaues und einer in der Welt in diesem Ausmaß noch nie dagewesenen Geldwerterhöhung wäre die Aufrechterhaltung des augenblicklichen Zustandes ein Fehler der Gesetzgebung, wie sie ihn kaum schwerer machen könnte. Es wäre aufs höchste bedauerlich, wenn einseitige machtpolitische Einflüsse einen solchen Fehler verschuldeten.

Wenn der Entwurf dem § 958 Abs. 4 Steuer- und soziale Abzüge bei der Ermittelung des pfändbaren Teiles abzieht, so widerspricht dies der gesunden Rechtsentwicklung, die wir in diesem Punkte mitgemacht haben. Es ist nicht einzusehen, daß der damit festgelegte Zustand besser sein soll als der augenblickliche. Einen Beweggrund für diese Änderung gibt die Erläuterung nicht an.

Eine begrüßenswerte Änderung finde ich darin, daß die bevorzugten Unterhaltsforderungen alle gleichgestellt werden. Die Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes ist also nicht mehr minderen Rechtes. Andererseits wird aber auch die zur Zeit wenigstens in der Theorie mögliche Kahlpfändung bei allen Unterhaltsforderungen verboten. Der notdürftige Unterhalt für sich und näher bezeichnete Unterhaltsberechtigte soll dem Schuldner unter allen Umständen verbleiben.

Ebenfalls begrüßenswert ist der Kampf des Entwurfs gegen jegliche Art Gehaltsschiebungsverträge. § 960 faßt das in die Form, daß das Arbeitseinkommen des Schuldners auch dasjenige Arbeitsentgelt bleibt, das im voraus, gleichviel unter welcher Bezeichnung, einem Dritten zugewendet wird. Eine weitere Bestimmung will Arbeitsverhältnisse treffen, bei denen der Schuldner ohne Vereinbarung in Wirklichkeit über die Pfändungsgrenze hinaus entlohnt wird. Der Verfasser bezweifelte früher, ob unsere Gesetzgebung reif sei für diese Bekämpfung der Gehaltsschiebungsverträge. Er fand vor allen Dingen eine Ungerechtigkeit in der einseitigen Bevorzugung des Beamtentums. So dürfte es z. B. erwägenswert sein, in § 955 Nr. 8 = § 811 ZPO. die Lehrer an Privatschulen den Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten gleichzustellen. In das Gebiet der reinen Politik gehört jetzt allerdings die Frage, ob man die Bevorzugung der Beamtenschaft von § 850 ZPO. (nur ein Drittel des Mehreinkommens pfändbar) tatsächlich, wie es der Entwurf tut, aufrechterhalten will. Mit welchem Recht verargt man einem gesellschaftlich dem hohen Beamten gleichstehenden Nichtbeamteten, etwa einem Direktor einer bedeutenden Fabrik, daß er sich durch einen Gehaltsschiebungsvertrag den gleichen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen will, den das Gesetz dem Beamten bietet? Ich komme auf das zurück, was ich früher schon zum Ausdruck gebracht habe: Diese Bevorzugung der Beamtenschaft ist nicht mehr zeitgemäß. Dies hat gerade ein hoher Beamter, OLGR. Bovensiepen, schon LZ. 1922, 68 anerkannt, wo er aus sozialpolitischen Gründen Gleichstellung des Arbeiters und Angestellten mit dem Beamten forderte. Hier wäre Gelegenheit für den Entwurf gewesen, an einer der Beachtung besonders ausgesetzten Stelle zu zeigen, daß man wirklich sozial empfindet.

V.

Von Landgerichtsdirektor Dr. Günther, Berlin.

Die Zwangsvollstreckung ist im Entwurf grundsätzlich neu bearbeitet. Der Entwurf enthält zweifellos viele sehr beachtenswerte Gedanken, aber manches erscheint mir doch zu sehr gekünstelt und zu doktrinär. Da die Zwangsvollstreckung Sache der Amtsgerichte ist, fehlt mir als Mitglied eines LG. die Legitimation, um hier die Einzelheiten des Entwurfs zu besprechen. Aber zu einigen Punkten, die bisher zur landgerichtlichen Kompetenz gehörten, darf ich mir vielleicht ein Wort gestatten. Hierzu gehören die Interventionsklage aus § 771, die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus § 805, die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 der jetzigen ZPO., die Anfechtungsklage, das Beschwerdewesen sowie Arrest und EinstwVerf.

Im Gegensatz zur bisherigen ZPO. hat der Intervenient kein Klagerecht mehr, sondern es steht ihm die Erinnerung gegen die Pfändung zu, in bestimmten Fällen die besondere Vollstreckungsbeschwerde. Nach Anhörung der Beteiligten kann das Vollstreckungsgericht den Intervenienten auf den Klageweg verweisen, wenn es diesen zum Austrag der Sache für geeigneter hält. In gleicher Weise ist die bisherige Vollstreckungsgegenklage geregelt; sie ist also nur zulässig, wenn das Vollstreckungsgericht den Antragsteller auf den Klageweg verwiesen hat. Nur außerhalb des Vollstreckungsverfahrens kann der Schuldner sogleich eine Vollstreckungsgegenklage erheben. Hat das Vollstreckungsgericht eine Sache auf den Klageweg verwiesen, so soll es vorher zu der Frage über die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung Stellung nehmen und die Rechtslage durch Ermittlungen klären. Diese Vorschriften erscheinen zweckmäßig, weil sie zur Vereinfachung des Verfahrens dienen, auch weniger kostspielig sind, als wenn in jedem Falle die Sache im ordentlichen Rechtsweg zum Austrag gebracht werden muß.

Der Fall des bisherigen § 805 ist im Entwurf so geregelt, daß derjenige, der an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein Pfand- oder Vorzugsrecht hat, seine Ansprüche nicht mehr durch Klage geltend zu machen hat; er braucht sogar nicht einmal einen Antrag bei dem Vollstreckungsgericht zu stellen; vielmehr ist sein Recht, wenn es sich herausstellt, von Amts wegen durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts festzustellen, und gegen diesen Beschluß ist nicht die Klage, sondern die besondere Vollstreckungsbeschwerde gegeben. Das gleiche gilt für das Recht eines nicht in unmittelbarem Besitz befindlichen Eigentümers, wenn der wirtschaftliche Zweck des Eigentumserwerbs oder -vorbehalts die Sicherung einer Forderung war und im Falle des Eigentumsvorbehalts die Tilgung der Schuld soweit fortgeschritten ist, daß bei verständiger Würdigung der Sachlage ein berech-

tigtes Bedürfnis des Eigentümers nach Aussonderung nicht mehr anerkannt werden kann. Dies wird insbes. bei den Abzahlungsgeschäften mit Eigentumsvorbehalt von großer Bedeutung sein, und entspricht in hohem Maße dem Billigkeitsempfinden, denn es widerstrebt der Billigkeit, wenn der Abzahlungsverkäufer, der den größten Teil der Abzahlungsschuld bereits erhalten hat, wegen verhältnismäßig geringfügiger Rückstände das Eigentum an der ganzen Sache noch soll geltend machen dürfen.

Bei den Anfechtungsansprüchen schafft der Entwurf etwas völlig Neues, was aber sehr zweckmäßig ist, nämlich den sog. „Rückruf". Das Vollstreckungsgericht kann unter den Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger zur Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners außerhalb des Konkurses berechtigt ist, und insoweit der Gläubiger beanspruchen kann, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu diesem gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde, den Rückruf eines anfechtbar veräußerten Gegenstandes beschließen, jedoch nicht für Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen.

Alle diese Bestimmungen erscheinen sehr zweckmäßig. Sie werden in hohem Maße zur Verhinderung von Vermögensverschiebungen, unter denen der Gläubiger zu leiden hat, beitragen.

Als Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vollstreckungsorgane kennt der Entwurf neben der Erinnerung zwei verschiedene Arten von Beschwerden, nämlich die „Vollstreckungsbeschwerde" und die „besondere Vollstreckungsbeschwerde". Diese Unterscheidung kann ich nicht glücklich finden. Schon der Ausdruck „besondere Vollstreckungsbeschwerde" mißfällt mir, wenn man der anderen Vollstreckungsbeschwerde nicht auch irgendein Adjektiv, z. B. „allgemeine Vollstreckungsbeschwerde" oder „gewöhnliche Vollstreckungsbeschwerde" beifügt. Die bisherige ZPO. hat in ihrer Terminologie die in der Wortbezeichnung wenig glückliche Unterscheidung zwischen der „Beschwerde" und der „sofortigen Beschwerde". Wenn man wirklich in der Zwangsvollstreckung zwischen den zulässigen Beschwerden Unterschiede machen will, so lehne man sich an die bisherige Terminologie, die zwar nicht schön ist, sich aber allmählich doch eingebürgert hat, an. Der Unterschied zwischen der „Beschwerde" und der „sofortigen Beschwerde" besteht in der Hauptsache darin, daß diese befristet, jene unbefristet ist, und daß dieser vom Beschwerdegericht nicht abgeholfen werden kann, während es bei jener möglich ist. Anders sind die Unterschiede zwischen der „Vollstreckungsbeschwerde" und der „besonderen Vollstreckungsbeschwerde"; befristet sind beide, aber verschieden befristet. Bei der „Vollstreckungsbeschwerde" beträgt die Frist eine Woche, bei der „besonderen Vollstreckungsbeschwerde" zwei Wochen. Die „besondere Vollstreckungsbeschwerde" unterliegt ferner dem Anwaltszwang, wobei jedoch jeder bei einem deutschen Gericht zugelassene Rechtsanwalt die Beschwerde einlegen kann. Ist die „besondere Vollstreckungsbeschwerde" form- und fristgerecht eingelegt, so ist über sie mündlich zu verhandeln, und es finden auf das Verfahren im übrigen die Vorschriften des 2. Buches der ZPO. über das Verfahren in erster Instanz Anwendung. Während die Einlegung der „besonderen Vollstreckungsbeschwerde" durch jeden bei einem deutschen Gericht zugelassenen Anwalt erfolgen kann, müssen die Parteien in dem weiteren Verfahren vor dem BeschwG. durch einen bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt vertreten werden. Das ganze Verfahren stellt sich also im Grunde genommen als ein Klageverfahren dar. Mir erscheinen alle diese Bestimmungen über die „besondere Vollstreckungsbeschwerde" zu sehr gekünstelt, und ich halte diese Regelung des Verfahrens nicht für besonders glücklich.

In dem Abschnitt über Arrest und EinstwVerf. ist bestimmt, daß über das Arrestgesuch stets durch Beschluß zu befinden ist, und daß auch über den Widerspruch gegen den Arrest nicht mehr durch Urteil entschieden wird. Es war bisher streitig, ob in einem Arrestbeschluß eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens zu erfolgen hatte. Der Entwurf ordnet an, daß der Arrestbeschluß auch über die Kosten des Verfahrens Bestimmungen zu treffen hat, und das gleiche gilt auch für EinstwVerf. Ist der Arrest ohne Anhörung des Schuldners erlassen, so findet gegen ihn Widerspruch statt, über welchen das Gericht, das den Arrestbefehl erlassen hat, durch Beschluß entscheidet. Im übrigen ist der Arrestbeschluß durch die Vollstreckungsbeschwerde anfechtbar. Der Widerspruch gegen den Arrestbefehl kann zur Niederschrift der Geschäftsstelle eingelegt werden, und es besteht eine Substantiierungspflicht für den Widerspruch; er muß mit einer Begründung versehen und glaubhaft gemacht sein. Damit ist das Überrumpelungsverfahren, welches bisher in dem Verhandlungstermin auf einen Widerspruch oft zum Nachteil für den Gläubiger führte, beseitigt. Der auf den Widerspruch oder auf die Vollstreckungsbeschwerde ergehende Beschluß muß auf Grund einer Verhandlung erlassen werden. Das gleiche gilt für den Fall der Vollstreckungsbeschwerde des Gläubigers, wenn der Arrest auf Widerspruch aufgehoben oder beschränkt worden ist. Da die mündliche Verhandlung nicht den Charakter einer auf eine Klage stattfindenden Verhandlung hat, ist ein Versäumnisurteil im Arrestverfahren nicht möglich. Der nichtverkündete Arrestbefehl ist beiden Parteien von Amts wegen zuzustellen. Der verkündete, nach Antrag erlassene Arrestbefehl ist aber nur dem Gegner zuzustellen. Wie bisher kann die Zustellung an den Schuldner dem Arrestvollzug nachfolgen. Gegen die Ablehnung eines Arrestantrages hat der Gläubiger die Vollstreckungsbeschwerde. Auch diese Bestimmungen werden zur Vereinfachung des Verfahrens beitragen.

Während ein Arrest nach dem Entwurf ohne mündliche Verhandlung ergeht, soll bei EinstwVerf. von einer Verhandlung nur in dringenden Fällen abgesehen werden. Nach der bisherigen Bestimmung konnte bei EinstwVerf. die Entscheidung in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Ob hierdurch in der Praxis der Gerichte sich viel verändern wird, erscheint mir zweifelhaft.

Zusammenfassend ergibt sich, daß der Entwurf sehr viel Gutes bringt, und daß er sich gegenüber dem bisherigen Rechtszustand als ein erheblicher Fortschritt darstellt. Da, wo man im einzelnen anderer Meinung sein kann, handelt es sich oft um schwierige Probleme, über die man wird debattieren können.

Im ganzen ist der Entwurf außerordentlich zu begrüßen.

Die Schiebung unter Ehegatten.

Vom Präsidenten des Juristischen Landesprüfungsamts Schwister, Berlin.

1. Die Schiebung unter Ehegatten, insbes. die Lohn- und die Geschäftsschiebung, kann man wohl als den hinter der Sicherungsübereignung für unser Kreditwesen verhängnisvollsten Mißstand auf dem leider wieder so aktuell gewordenen Gebiet der Gläubigernot bezeichnen.

In meinem Aufsatz über „Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung" (JW. 1931, 1160) habe ich mich bemüht, aufzuzeigen, welche argen Schäden unserem Wirtschaftsleben durch die Schwerfälligkeit des Gesetzgebers und durch ein hierdurch hervorgerufenes juristisches Scheingebilde zugefügt worden sind. Die Einbürgerung des mangels Zulassung des Besitzlosenpfandrechts als dessen Ersatz geschaffenen Rechtsinstituts der Sicherungsübereignung beruhte letzthin auf einem offenbaren Rechtsirrtum: kraß ausgedrückt auf

dem Satze, ein Rechtsgeschäft sei notwendig dann und deshalb kein Scheingeschäft, insofern es ernsthaft auf Gesetzesumgehung abziele.

Fast nicht minder groß — wenigstens für den Kleinkredit — sind die Schäden, die durch familiäre Schiebungsgeschäfte, namentlich solche unter Ehegatten, angerichtet werden. Auch hier handelt es sich um echte Scheingeschäfte, als solche in Rechtsprechung und Schrifttum wiederum häufig arg- und oft gedankenlos verneint mit der Begründung, sie seien eben deshalb ernsthaft, weil sie die Schädigung des Gläubigers durch Gesetzesumgehung zielbewußt bezweckten. Auch auf diesem Gebiet war der letzte Grund der Mißstände die Passivität des Gesetzgebers. Aber hier tritt noch die auffallende Tatsache hinzu, daß nach Beseitigung der schlimmsten Mängel des Gesetzes die alten Irrtümer und deren illegitimes Kind unter dem Schutze höchstrichterlicher Rechtsprechung ruhig weiter florieren zu sollen scheinen — fast möchte man sagen nach dem Gesetze der Beharrlichkeit. Um zu verhindern, daß sich auch hier ein schädliches Gewohnheitsrecht contra legem entwickle, dazu wollen die folgenden Ausführungen mit beitragen.

2. In erster Linie habe ich die Fälle im Auge, in denen die Inhaberschaft des Geschäfts wegen Überschuldung des Ehemanns dergestalt umgewechselt wird, daß das Geschäft auf den Namen der Frau „angemeldet" wird, während der Mann als ihr „Angestellter" tätig bleibt, sowie solche Fälle, in denen der in fremdem Unternehmen angestellte Ehemann den pfändbaren Teil seines Gehalts- oder Lohnanspruchs seiner Ehefrau versprechen läßt. Bei beiden sattsam bekannten Typen knüpfe ich an zwei Urteile des RArbG. (ArbRspr. 1930, 336; 1931, 55 = RArbG. 6, 282, 310) an, die mir im Prüfungsbetrieb der letzten Wochen begegneten. Sie gehören zu den auffallendsten Sprüchen, die mir je zu Gesicht gekommen sind.

a) Die beklagte Ehefrau „betreibt" seit 1926 ein bis dahin ihrem Ehemann gehöriges Installationsgeschäft, das einen Fachmann erfordert, weil die Installationsanlagen unter Verantwortung eines geprüften Meisters ausgeführt werden müssen. Der Mann ist in dem Geschäft neben einem Lehrling als Elektromeister und „Geschäftsführer" tätig, und zwar gegen „freie Kost und Wohnung"; außerdem hat die Frau ihm bei Beginn seiner Tätigkeit eine wöchentliche Zahlung von 30 *RM* „zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse und Spesen" versprochen und ihm diesen Betrag „anfänglich auch gezahlt", die Zahlung jedoch später „wegen schlechten Geschäftsgangs" eingestellt. Zur Kranken-, Angestellten- oder Arbeitslosenversicherung ist er nicht angemeldet; ein Steuerabzug vom Lohn wird ihm nicht gemacht. Auf Grund Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses klagt ein Gläubiger des Mannes gegen die Frau auf Zahlung der Vergütung aus dem Arbeitsverhältnis. Das rechtlich Bedeutsame des Falles besteht darin, daß der Gläubiger sich hierbei auf einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag berufen kann; doch interessiert dies in unserem Zusammenhang zunächst nicht unmittelbar. — Das RArbG. untersucht die Gültigkeit des Vertrags und führt dazu aus, es bleibe im Anschluß an die Rspr. des RG. (RG. 67, 169) bei seiner wiederholt ausgesprochenen Auffassung, daß die Wirksamkeit ähnlicher zwischen Eheleuten bestehenden Arbeits- oder Dienstverträge „unter Verneinung des dagegen vorgebrachten Einwandes der S i t t e n w i d r i g k e i t" auch dann zu bejahen sei, wenn der verschuldete Ehemann für seine Tätigkeit im Geschäft der Ehefrau eine geringere als die sonst übliche Entlohnung erhalte, es sei denn, daß der Vertrag in der nachgewiesenen Absicht geschlossen gewesen sei, seinen Gläubigern den sonst möglichen Zugriff auf sein Einkommen abzuschneiden; für eine B e n a c h t e i l i g u n g s a b s i c h t aber „biete der festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt". Das ist angesichts des unstreitigen Tatbestands eine recht kurze Begründung.

Noch auffallender aber dürfte sein, daß in diesem Zusammenhang von einem Scheingeschäft überhaupt nicht die Rede ist, weder mit Bezug auf die Geschäftsübertragung noch auf die Abreden über den Dienstvertrag. Wie stellt sich die Sachlage in solchen typischen Fällen wohl dem unbefangenen Beurteiler dar? Der Mann hat eines Tages zur Frau gesagt: jetzt wollten sie tun, „als ob" das Geschäft ihr gehörte. Damit kein Gläubiger an die Einkünfte herankomme, solle sie von jetzt ab „Inhaber" sein, obgleich sie nichts von der Sache versteht und das Geschäft einen geprüften Meister erfordert. Zur Durchführung der Änderung wird zwar der Gewerbepolizei eine Anzeige erstattet. Sonst bleibt alles beim Alten. Nicht einmal die Anmeldungen zur Sozialversicherung werden bewirkt, trotz der großen Vorteile, die der Ehemann aus ihr hätte. Die Zahlung der 30 *RM* wird bald eingestellt. Das RArbG. sieht alles dies freilich ganz anders: Die Frau ist „Geschäftsinhaberin" und damit nach außen für alle Vorkommnisse im Geschäft „verantwortlich"; zum mindesten insofern besteht eine „Abhängigkeit" des Mannes von der Frau, ist also seine Tätigkeit nicht selbständig. „Daß ferner der Ehemann der Beklagten nicht nur mit ihr die häusliche Gemeinschaft teilt, sondern in der Gestalt freier Kost und freier Wohnung ein Entgelt erhält, kann nach dem festgestellten Sachverhalt nicht zweifelhaft sein." Zudem ist eine wöchentliche „Zahlung von 30 *RM* neben freier Kost und Wohnung ausdrücklich vereinbart". Die später „wegen schlechten Geschäftsganges eingetretene Unmöglichkeit, dieser vertraglichen Verpflichtung ganz oder auch nur zum Teil nachzukommen", ändert an dem Bestehen der Vereinbarung so lange nichts, als diese nicht ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben ist. Daß die Anmeldung zu einer Versicherung und jeder Lohnsteuerabzug unterbleibt, spricht nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses; denn der Grund der Unterlassungen „kann sehr wohl ein anderer gewesen sein, als der den Eheleuten von dem BG. unterstellte", nämlich der, daß sie an die Möglichkeit eines versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses nicht gedacht hätten (sicher nicht); zudem ist die Annahme nicht von der Hand zu weisen, daß der Mangel an Mitteln für die Zahlung der Versicherungsbeiträge und für die Abführung des Lohnsteuerabzugs den wahren Grund der Unterlassung gebildet haben wird". — Das nenne ich denn doch das Gesicht wahren! Bei dem gegebenen Sachverhalt war übrigens gar nichts dagegen einzuwenden, wenn die Beteiligten beim Wort genommen wurden; wer sich dem Verkehr als „Inhaber" und „Angestellter" ausgegeben hat, muß sich auch so behandeln lassen, ebenso im Prozeß. Das aber ist das Merkwürdige, ja Erheiternde in diesem Prozeß, daß die Beklagte, um den Folgen des Tarifvertrags zu entgehen, im Grunde geltend machen muß, die Vereinbarungen seien doch gar nicht als eigentliche Dienstvertragsabreden gemeint gewesen, während das Gericht, um zum Tarifvertrag zu gelangen, sich krampfhaft bemühen zu sollen glaubt, alles für bare Münze zu nehmen.

In welches Scheinwesen wir aber bei der bisherigen Behandlung solcher Tatbestände hineingetreten sind, beweisen die Ausführungen, die nun zunächst das BG., offenbar entsprechend dem Vorbringen der Beklagten, im Anschluß an die allbekannte Rechtsprechung über Lohnschiebungen in demselben Prozeß gemacht hat: Es legt dar, die Anwendung der TarVertrVO. auf das Verhältnis zwischen den Ehegatten würde insofern zu einem Widerspruch führen, als nach der herrschenden Rspr. des RG. und des RArbG. ein Ehemann, der in den Diensten eines fremden Arbeitgebers stehe, nicht gehindert sei, von seinem Arbeitseinkommen soviel an seine Ehefrau abzutreten, daß ihm und seiner Familie eine bescheidene Lebensführung ermöglicht werde, und diesen Einkommensteil dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, während ein Ehemann, der im Geschäft der Frau arbeite, bei Anwendung der TarVertrVO. infolge der Unverzichtbarkeit des Tariflohnanspruchs diesen Rechtsbehelf nicht haben würde und unter allen Umständen seinen Gläubigern den die Pfändungsgrenze übersteigenden Teil seines Arbeitseinkommens überlassen müßte; dies aber bedeute eine „Verletzung des Grundsatzes", daß ein Schuldner nicht verpflichtet sei, seine Kraft im Interesse seiner Gläubiger zu verwerten! Letzteres trifft zu, sagt dazu das RArbG. — Hier finden wir in Reinkultur einige der geheiligten Schuldnerrechte wieder, die uns — gegen den heftigen Widerstand der unteren Gerichte — die VorkriegsRspr. des RG. zum sog. 1500-*M*-Vertrag verschafft hatte, vor allem das Recht auf Nichtarbeit, das aber meistens, so im gegebenen Falle, von denen geltend gemacht wird, die w o h l arbeiten. Noch nie aber habe ich in einem solchen Zusammenhang und mit dieser Selbstverständ-

lichkeit von dem Recht handeln gehört, einen Teil des Arbeitseinkommens der Ehefrau abzutreten und diesen Einkommensteil dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen. Das BG. hält es offenbar für unerhört, dem Ehemann „diesen Rechtsbehelf" zu entziehen und um die Vorteile des ersterwähnten angeblichen Schuldnerrechts zu bringen.

Aber das RArbG. hat, obgleich es die Ausführungen des BG. zunächst mißbilligt und die Anwendbarkeit der TarVertrVO. feststellt, auch hier dem Schuldner zu helfen gewußt: Der Ehemann der Klägerin wäre „an sich" nicht gehindert gewesen „und auch in Zukunft nicht gehindert", den der Pfändung unterliegenden Teil seiner Tariflohnforderung gegen die beklagte Ehefrau „an diese abzutreten", und die Abtretung könnte nach den allgemeinen Grundsätzen von Willenserklärungen „auch stillschweigend erfolgt sein oder erfolgen". Ob und inwieweit diese Erwägungen hier durchgreifen, kann „in Ermangelung entsprechender tatsächlicher Feststellungen von dem RArbG. zur Zeit nicht beurteilt werden"; selbstverständlich nicht, denn auf die Behauptung, daß eine solche Abtretung der Forderung an die Beklagte erfolgt sei, war selbst die Beklagte nicht gekommen. Das BG. wird schließlich geradezu aufgefordert, zu prüfen, ob die „oben als möglich bezeichnete (stillschweigende) Abtretung des pfändbaren Einkommens hier erfolgt ist" und was sich bei Bejahung der Frage ergibt. Zur Nachholung des Fehlenden ist die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache erforderlich. So weist das RArbG. den Weg, wie die vorher in dem Urteil von ihm selbst festgestellten Grundsätze der Unabdingbarkeit und Unverzichtbarkeit des Tariflohns in ihrer Wirkung zum Schaden des Gläubigers vereitelt werden können. Das Unerfreulichste an der Entscheidung aber ist der Gedanke, den Beteiligten eine stillschweigende Abtretung der Forderung nahezulegen; gleich Volkmar: ArbRspr. 1930, 340 kann ich hier den Gedankengang des RArbG. nur dahin auslegen: Der Schuldner wollte mit der Vereinbarung des geringen Lohnes seine Gläubiger benachteiligen; hierzu genügte aber wegen der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags nicht die behauptete Vereinbarung. Wohl aber wäre es möglich gewesen, den Erfolg der Gläubigerbenachteiligung durch Abtretung des pfändbaren Tariflohns an die Ehefrau zu erreichen. Also muß man annehmen, daß die Eheleute diese Abtretung gewollt haben. Daß die Entscheidung die Beteiligten zur Behauptung eines solchen Vorgehens nahezu einzuladen scheinen, ist um so auffallender, als in dem Urteil die Lohnpfändungsverordnung bezogen und im Anschluß daran deren „gesetzgeberischer Gedanke" hervorgehoben ist, den Schuldner und dessen Angehörige „bis zu einem gewissen Grade" vor dem wirtschaftlichen Untergang zu schützen. Bis zu welchem Grade der Gesetzgeber dies will, besagt aber doch gerade die LohnpfändungsVO.; durch die vorgeschlagene Abtretung aber würde diese gesetzgeberische Beschränkung ebenso umgangen, wie die Vorschrift der TarVertrVO. Übrigens ist der Gedanke auch sonst nach jeder Richtung verfehlt; die Abtretung ist sinnwidrig, wäre als sittenwidrige Gesetzesumgehung nichtig und unterläge der Anfechtung.

b) Nach dem Tatbestand im Urt. des RArbG. vom 1. Nov. 1930 = ArbRspr. 1931, 55 ist der Kläger das uneheliche Kind eines Färbereileiters, der im Betrieb der beklagten Firma gegen einen Wochenverdienst von 125 *RM* angestellt war. Im Juli 1929 schloß er mit der Firma einen notariellen Vertrag, nach dem sie ihm in „Abänderung" des Vertragsverhältnisses fürderhin „als Gehalt einen Betrag von wöchentlich 45 *RM*" (Pfändungsgrenze) zu zahlen hatte. Die Firma verpflichtete sich weiter, „für die Dauer des Vertragsverhältnisses an seine Ehefrau wöchentlich weitere 80 *RM* zu zahlen"; die Ehefrau erklärte, der Firma für allen Schaden aufzukommen, der dieser dadurch entstehen würde, daß sie auf Grund des Vertrages von den Gläubigern ihres Mannes in Anspruch genommen würde — m. E. der beste Beweis dafür, daß ihr nicht nur die Scheinnatur, sondern auch die Sittenwidrigkeit des Vertrages wohl bewußt war. Der Vertrag wurde — eine m. E. für die Rspr. beschämende Übung — ausdrücklich unter Hinweis auf RG. 81, 41 f. = JW. 1913, 198 abgeschlossen, um B. ein „Weiterarbeiten in dem Betriebe der Beklagten zu ermöglichen" (will der Notar sich damit auf alle Fälle gegen Ersatzpflicht und Disziplinierung schützen?). Der Firma liegt nach dem Vertrage daran, ihren Angestellten, „der als Färbereileiter außerordentlich tüchtig ist, in ihrem Dienst zu behalten". Seit der zitierten RGEntsch. stehen nämlich die Unternehmer angeblich auf dem Standpunkt, sie könnten einen noch so tüchtigen Angestellten unmöglich weiter in ihren Diensten behalten, wenn er seine Schulden — bezahlt. Der Kläger hat auf Grund Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses von der Firma 239 *RM* Rückstände gefordert. Das LArbG. stellt fest, daß solche Verträge als einzigen Zweck die Umgehung des Gesetzes verfolgten — die Parteien dachten gar nicht daran, daß der Arbeitnehmer wirklich ernstlich für den geringen, unterhalb der Pfändungsgrenze bleibenden Lohn arbeiten sollte — und bejaht die Nichtigkeit des Vertrags sowohl nach § 117 als nach § 138 BGB.

Das RArbG. hebt hervor, daß das LArbG. mit seiner Rechtsauffassung bewußt von RG. 69, 62 = JW. 1908, 308; RG. 81, 42 = JW. 1913, 198; JW. 1912, 689 (übrigens alles alte, m. E. durch die Rechtsentwicklung längst überholte Entsch.) und von derjenigen des RArbG. (vgl. ArbRspr. 1929, 393; 1930, 172, 339 und 384) abweicht. Von dieser „gefestigten Rechtsprechung" abzugehen, liege aber keine Veranlassung vor[1]). Das LArbG. verkenne, daß den Gläubigern kein von der Rechtsordnung anerkannter Anspruch auf Verwertung der Arbeitskraft des Schuldners zustehe. — Ich wüßte nicht, wieso das LArbG. dies verkannt haben sollte. Es bejaht doch nur den Zugriff auf den Arbeitslohn. Ein Anspruch auf Verwertung der Arbeitskraft wäre doch erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses in Betracht gekommen; aber davon sagt das LArbG. nichts. Die weitere Ausführung des RArbG., „dementsprechend" müsse dem Schuldner im allgemeinen unbenommen sein, das Entgelt für seine Arbeitsleistung in einer Weise auszubedingen, „wie es ihm beliebt", und er müsse daher auch in der Lage sein, einen Teil des Entgelts unmittelbar einem Dritten so zuzuwenden, daß „in seiner eigenen Person ein Teil des Entgelts nicht entsteht", enthält nur beweislose, oft widerlegte Behauptungen. Das Gesetz hat es keineswegs in das Belieben des Staatsbürgers gestellt, die zwingenden Vorschriften der ZPO. und des LohnbeschlG. durch künstliche Konstruktionen zu umgehen, und Schein wird immer Schein bleiben. Zudem möchte ich meinen, daß, wer bei einem Dienstverhältnis einen Teil des Entgelts einem Dritten „zuwendet", über ein eigenes Vermögensstück verfügt; wie sollte er sonst zuwenden können?

Eine völlig neuartige Begründung für seine Auffassung, Verträge der einschlägigen Art seien nicht sittenwidrig, liefert aber das RArbG. mit der Ausführung: „Solange das RG. und das RArbG. innerhalb gewisser Grenzen derartige Verträge für zulässig erklären und Parteien im Vertrauen auf diese Rechtsprechung sie innerhalb dieser Grenzen abschließen, kann von einer allgemeinen Unsittlichkeit weder nach der objektiven noch nach der subjektiven Seite irgendwie die Rede sein; etwas anderes anzunehmen, hieße der Rechtsprechung der höchsten deutschen Gerichtshöfe eine Vorschubleistung der Abschließung unsittlicher Verträge vorwerfen." Gewiß wird niemand ihnen eine solche Absicht vorwerfen können. Aber vielleicht doch manches Andere (vgl. z. B. DJZ. 1930, 587). — Wenn solche Ausführungen als Begründung gelten dürften, so könnte Jaeger, der doch sicher auch große Autorität für sich in Anspruch nehmen darf, seine Ausführungen zu § 29 A. 35 S. 509 f. des I. Bandes seiner KO. demnächst durch die Argumentation ersetzen, wenn die Gegenmeinung zuträfe, so hätte er sich doch einer Unlogik schuldig gemacht.

Zur Widerlegung der Scheinnatur des Vertrages bringt das RArbG. jenen so oft gehörten Scheingrund vor: Die Zuwendung an die Ehefrau müsse doch ernstlich gewollt sein, wenn der wirtschaftliche Zweck, die Sicherstellung des

[1]) M. E. war sie nie so wenig gefestigt, wie heute. Man liest und hört fast nur noch abweisende Beurteilungen. Vgl. z. B. Stein-Jonas § 850 V; Stein-Juncker, Grundriß (2) 379; Goldschmidt, Lehrb. des ZPR. 232, 243/44; Krüger: DJZ. 1930, 587; Volkmar: ArbRspr. 1929, 395; 1930, 70, 173, 339 II u. 385; 1931, 57; Hoeniger: JW. 1930, 648. Auch die frühere Rspr. des RG. hat wohl überwiegend ablehnende Beurteilung erfahren.

Unterhalts der Familie, erreicht werden solle; denn der notarielle Vertrag ergebe, daß bereits eine Pfändung der Gehaltsansprüche vorgelegen habe. Das Gegenteil ist richtig: Eben daraus, daß es den Beteiligten lediglich darum zu tun war, auf Schleichwegen eben den gleichen Erfolg zu erzielen und sicherzustellen, wie auf dem geraden, aber verbotenen Wege und so das Gesetz zum Schaden der Gläubiger zu umgehen, folgt klar, daß es sich nur um ein Scheingeschäft handelt. Mit Recht bemerkt Volkmar zur Ausführung des RArbG., mit dieser Logik müßte die Möglichkeit von Scheinverträgen schlechthin geleugnet werden; denn darin beruhe ja gerade das Wesen des Scheinvertrags, daß die Wirkung, die so oft nur durch einen ernstgemeinten Vertrag erreicht werden kann, durch die Vortäuschung eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen ernsten Vertragswillens erstrebt werde. In der Tat täuschen bei den weitaus meisten Lohnschiebungen die Beteiligten, ohne die Ehefrau zum wirklichen Gläubiger machen zu wollen, diese Absicht nur vor, um dadurch dieselbe Wirkung zu erreichen, wie durch einen formellen Übertragungsvertrag, der der Anfechtung unterläge. Auf den Inhalt kommt es an, nicht auf die Konstruktion, das Kleid; dies stellt den Schein dar.

Zum Teil bedenklich ist schließlich auch, was das RArbG. gegen die Sittenwidrigkeit des Vertrages vorbringt. Das LArbG. hatte den monatlichen Betrag von 350 *RM* als der Pfändung nicht unterworfen angesehen und erwogen, für einen Mann in der Stellung des Ehemannes genüge dieser Betrag zur Lebenshaltung (nicht notdürftigen!) und für die „bescheidenen" Ansprüche der Ehefrau. Während die Rechtsprechung bisher hierauf — den bescheidenen Unterhalt — wenigstens das Hauptgewicht gelegt hatte, stellt das RArbG. jetzt die Forderung des standesgemäßen Unterhalts in den Vordergrund. An sich mag dies häufig keinen gerade wesentlichen Unterschied bedeuten, auch sachlich haltbar sein. Bedenklich ist aber schon die Begründung, nur bei einem so gefundenen Interessenausgleich könne die Grenze gefunden werden, bei der die Zuwendung an die Ehefrau das erlaubte Maß übersteige. Ich denke, grundsätzlich hat das Gesetz bestimmt, wieviel dem Gläubiger gebührt, und was dem Schuldner und der Familie zu belassen ist (vgl. § 850 Abs. 4 ZPO., §§ 4 und 4a LohnbeschlG., § 1 LohnpfändVO.); davon, daß das Gesetz dem unehelichen Vater nur den notdürftigen Lebensunterhalt belassen hat, ist nicht die Rede. Dafür arbeitet das RArbG. noch mit dem Hilfsgrund, es sei nicht festgestellt, ob der Inhaber der beklagten Firma das Überschreiten des erlaubten Maßes „habe erkennen müssen". Ja es weist noch darauf hin, der notarielle Vertrag führe „im Gegensatz zu der ohne gerügten Prozeßverstoß" getroffenen Feststellung des LArbG., daß der Ehemann nur für sich und seine Ehefrau zu sorgen habe, als Familienangehörige noch zwei Söhne auf; bei einer solchen Sachlage aber habe „möglicherweise" angenommen werden können, daß nur der gesamte Gehaltsbetrag in einer dem Stande des Schuldners entsprechenden „bescheidenen Lebensführung" ausreiche. — Höher kann das Wohlwollen für den Schuldner kaum noch hinaufgesteigert werden, und gar für den unehelichen Vater, der dem Kinde die Alimente vorenthält. Aber ganz abgesehen hiervon: Wo bleibt im Zeitalter der dringendsten „Gläubigernot" bei dem „Interessenausgleich" die Rücksicht auf den im freien Lebenskampf stehenden, durch keine Sozialfürsorge geschützten Gläubiger?

3. Um beurteilen zu können, wie es zu einer derartigen Rechtsprechung hat kommen können, und inwieweit sie sich vielleicht doch rechtfertigen und mit dem Gesetz in Einklang bringen ließe, bedarf es eines kurzen Überblicks über den Werdegang der Bestimmungen sowie der Rechtsprechung[2]).

Bis 1869 war für einzelne Berufskreise der notdürftige Unterhalt dergestalt freigehalten, daß bei jeder Lohnpfändung das Gericht prüfen mußte, wieviel der Schuldner dazu benötigte. Die Einführung einer solchen Prüfung von Fall zu Fall, die neuerdings mehrfach auch für das geltende Recht gefordert wurde, in das LohnbeschlG. wurde abgelehnt, weil sie entweder zur Willkür oder zur Schablone und jedenfalls zu einer übermäßigen Belastung der Gerichte führen werde. Grundsätzlich wurde daher der gesamte (noch nicht verdiente) Arbeitslohn für unpfändbar erklärt. Nur bei dauernd Angestellten, nämlich denjenigen mit mehr als einjährigem Dienstvertrag oder mehr als dreimonatiger Kündigung — und das waren die allerwenigsten — war die Beschlagnahme des 1200 *M*, später 1500 *M* übersteigenden Lohnanspruchs für zulässig erklärt. So blieb es bis 1900, ohne daß wesentliche Schwierigkeiten hervorgetreten wären. Es ist im Grunde eine Gedankenlosigkeit des Gesetzgebers gewesen, die uns dann den 1500-*M*-Vertrag beschert hat. In der Novelle zur KO. war vorgesehen, das Gläubigervorrecht (§ 61 KO.), das bislang nur für die ständig Angestellten Geltung hatte, auf alle Bediensteten des Gemeinschuldners auszudehnen, ähnlich wie im ZwVerstG. das Vorrecht des § 10 Nr. 2 (Lidlohn) entsprechend ausgedehnt wurde. In der Begründung zur ZPNov. von 1898 hieß es nun, wenn KO. und ZwVerstG. den Unterschied zwischen ständig und nicht ständig Angestellten beseitigten, so könne es im LohnbeschlG. nicht anders gehandhabt werden; hierbei war offensichtlich übersehen, daß in jenen Gesetzen die Beseitigung des Unterschieds den Kreis der Bevorzugten ausdehnte, während die Pfändbarkeit der Gehaltsansprüche zum Schaden der Angestellten nun erst recht in Wirkung trat. Gleich nach Inkrafttreten der Neuerung begannen die Umgehungsversuche. Der erste Fall eines 1500-*M*-Vertrags kam, schon 1901, zur Entscheidung vor das RG., und zwar vor einen Strafsenat (RGSt. 35, 62), und es ist reizvoll, hier nachzulesen, wie der Fall — auf die Anklage aus § 288 StGB. — aufgefaßt wurde: Der Gedanke, daß es sich hier um ein ernsthaftes Rechtsgeschäft handeln könnte, ist dem RG. überhaupt nicht aufgestiegen; mit einer vorübergehenden Bemerkung wird der Vertrag ganz selbstverständlich als Scheingeschäft aufgefaßt und dabei dargelegt, warum der Mangel einer rechtswirksamen Veräußerung eine Bestrafung gemäß § 288 StGB. nicht verhindern könne.

Erst seit 1908 haben sich die Zivilsenate des RG. mit dem neuen Mißgebilde der 1500-*M*-Verträge beschäftigt. Es sind aber nur ganz wenige Entscheidungen des RG., auf die man sich dann immer wieder — und trotz gründlicher Verschiebung der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse merkwürdigerweise bis auf den heutigen Tag — berufen hat, darunter nur zwei in der amtlichen Sammlung RG. 69, 59 f. = JW. 1908, 308; RG. 81, 42 f. = JW. 1913, 198; daneben SeuffArch. 67, 439 und 441 = JW. 1912, 689), ferner — zu dem Fall der Eröffnung eines neuen Geschäfts für die Ehefrau — RG. 67, 169. Liest man diese Entscheidungen heute nach, so staunt man, wie kärglich sie begründet sind, und wie kritiklos im Grunde die Rechtsprechung war, die die hier vorgetragenen Lehren hingenommen hat. Jeder, der die letzten sechs, sieben Jahre vor dem Weltkrieg in der Praxis der Rechtsprechung mitgemacht hat, wird sich noch des Sturmes der Entrüstung und dann des Kampfes der Meinungen erinnern, die namentlich durch die Entscheidungen in Bd. 69 und 81 hervorgerufen waren — auch in den Übungen der Referendare —, und sodann der tiefen Abneigung, mit der die Praxis sich nach und nach fügte. Auch die Anwaltschaft verhielt sich zunächst ablehnend. Aber bald kamen die „Reichsgerichtsverträge" in Schwung, und allenthalben las und hörte man von dem unmittelbaren, selbständigen Recht der Ehefrau — und von dem festen Entschluß der Prinzipale, die Angestellten zu entlassen, wenn sie sich nicht gegen ihre Gläubiger schützten. Ich habe alle diese Verträge immer nur als Scheinverträge betrachtet. M. E. sind jene Jahre die wahre Geburtszeit dessen gewesen, was man Kryptosoziologie im übelsten Wortsinne nennt. Konnte man aber der damaligen Rechtspraxis zugute halten, daß die Pfändungsgrenze ungerecht, weil unzulänglich und gänzlich starr war, so läßt sich letzteres angesichts der mehrfachen, aus sozialen Gründen erfolgten Änderungen der Bestimmungen über die Lohnpfändungsgrenze bei regulären Schulden (V. v. 13. Dez. 1917, 25. Juni 1919, 25. Dez. 1921, 7. Jan. 1924 und 27. Febr. 1928) jetzt schwerlich noch aufrechterhalten. Heute ist die Rechtslage regelmäßig die, daß dem alleinstehenden Schuldner täglich 7,50 *RM*, wöchentlich 45 *RM*, monatlich 195 *RM* unpfändbar belassen werden, außerdem mindestens $1/3$ des Mehrbetrags. Bei unterhaltspflichtigen Schuldnern stuft sich die Höhe des unpfändbaren Mehrbetrags, das ist die zweite, wichtige Gesetzesände-

---

[2]) Vgl. dazu namentlich Stein: ZZP. 44, 425.

rung, ab nach der Zahl der zu unterhaltenden Angehörigen. Dem Schuldner mit Frau und zwei oder mehr Kindern verbleiben $^2/_3$ des Mehrbetrags (bis zur Höchstlohnsumme von 650 *RM* monatlich, der Mehrbetrag von $^1/_3$ jedoch unbeschränkt). In dem Falle ArbRspr. 1929, 394 z. B. waren dem Schuldner von seinem Monatsgehalt von 335 *RM* für sich und seine Familie 288 *RM* als unpfändbar verblieben. Es mag zutreffen, daß auch bei dieser Regelung noch Härten vorkommen können. Aber solche können bei der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht ganz ausgeschlossen werden. Es mag ferner sein, daß sich eine noch bessere gesetzliche Regelung erreichen ließe. Dann soll man sie verlangen und durchführen. Weiter mag richtig sein, daß Richterrecht dort eingreifen kann und muß, wo eine gesetzliche Regelung fehlt. Aber es ist ein unmöglicher Zustand, daß in einer Materie, in welcher der Gesetzgeber aus sozialen Gründen der jeweiligen Wirtschaftslage sorgsam folgt, die Gerichte Umgehungsgeschäfte deshalb sanktionieren, weil sie einen nach ihrer Ansicht noch billigeren, für den Schuldner günstigeren Erfolg anstreben. Alles dies gilt auch, soweit es sich um die Angehörigen des Schuldners handelt; auch die Frage, inwieweit ihre Interessen zu berücksichtigen sind, ist gesetzlich geregelt (vgl. § 850 Abs. II—IV LohnbeschlG. und LohnpfändVO.). Das besonders Bedenkliche der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung aber scheint mir darin zu bestehen, daß sie, soweit ersichtlich, auf Wirtschaftslage und Interessen nur der Schuldner mit liebevoller Sorgsamkeit eingeht; daß auch im einzelnen festgestellt worden wäre, ob der Gläubiger nicht noch viel schlechter dastehe, ist mir wenigstens in gedruckten Entscheidungen noch nicht begegnet. Das kann man nicht billigen Interessenausgleich nennen.

4. Der Rechtsgehalt der vorliegenden höchstgerichtlichen Entscheidungen läßt sich dahin zusammenfassen: In RG. 67, 169 hat das RG. die Ansicht mißbilligt, daß es den guten Sitten widerstreite, wenn der von seinen Gläubigern bedrängte Ehemann sein Geschäft auf die Ehefrau übertrage (oder durch sie unter Aufgabe eigener selbständiger Tätigkeit ein neues auf den Namen der Ehefrau geführtes Geschäft gründen lasse), und wenn der Ehemann der Ehefrau in ihrem Geschäft unentgeltlich Dienste leiste und dadurch den Ertrag seiner wirtschaftlichen Tätigkeit seinen Gläubigern entziehe. Es bestehe kein Anspruch der Gläubiger darauf, daß ihr Schuldner seine wirtschaftliche Tätigkeit in einer solchen Form und Gestalt ausübe, die es ihnen ermögliche, ihre Hand auf den Ertrag zu legen. Die Entscheidung läßt aber, was häufig übersehen wird, ausdrücklich offen, ob die Dienstherrin aus § 826 oder aus dem AnfG. angehalten werden könnte, dem Zugriff der Gläubiger ein angemessenes Entgelt darzubieten. Sie geht ferner gar nicht auf die Frage ein, ob es sich um Scheingeschäfte handelt. Doch sagt sie ausdrücklich, es bestehe keine rechtliche Möglichkeit dafür, daß die Gläubiger die Geschäftsforderungen als solche des Schuldners, also des Ehemannes, behandeln könnten. — In RG. 69, 59 f. = JW. 1908, 308 beschäftigt sich der gleiche 7. ZivSen. des RG. mit einem 1500-*M*-Vertrag: Ein in Vermögensverfall geratener Ehemann schloß unter Beitritt seiner Ehefrau mit der Firma, bei der er angestellt war, einen Vertrag, durch den ihm ein Jahresgehalt von 1500 *M* und seiner Frau eine Summe von 1700 *M*, zahlbar in monatlichen Raten, zugesichert war. Die Anfechtung eines Gläubigers, den den 1500 *M* übersteigenden Lohn gepfändet hatte, wurde für schon allein deshalb unbegründet erklärt, weil der Gläubiger nicht benachteiligt sei. Die Firma würde nämlich nach dem für glaubhaft erachteten Zeugnis ihrer Inhaber den Schuldner-Ehemann nicht mehr angestellt haben, wenn er nicht ferner in geordneten Verhältnissen gelebt hätte, d. h. wenn nicht sein Gehalt so bemessen worden wäre, daß er der Pfändung nicht unterlag. Weiter hätten die Gläubiger des Ehemannes auch überhaupt kein Anfechtungsrecht. Ein gegen die Firma begründeter Anspruch auf Zahlung von 1700 *M* an ihn selbst sei nach dem Vertrage nie im Vermögen des Schuldners gewesen und könne daher auch nicht durch eine Anfechtung seinem Vermögen entzogen sein. Es könne aber auch den Gläubigern nicht die Befugnis zugestanden werden, der Firma einen Vertrag mit solchem Inhalt aufzunötigen, wie sie ihn gar nicht habe schließen wollen. Auch die Sittenwidrigkeit des Abkommens wird verneint, mit der Begründung, die Berechtigung der Interessen der Firma wie des Schuldners sei offenkundig. Auch sei daran festzuhalten, daß die Gläubiger keinen Anspruch darauf hätten, daß der Schuldner seine Arbeitskraft zu ihren Gunsten in einer Weise verwerte, die es ihnen ermögliche, zum Zwecke ihrer Befriedigung auf das, was sich als Gegenleistung darstelle, Zugriff zu nehmen. In der Entsch. RG. 81, 41 = JW. 1913, 198 verneint das RG. die Scheinnatur solcher dem § 328 BGB. zu unterstellenden Verträge mit der Begründung, der Zweck, den die Beteiligten mit dem Vertrage befolgten, führe zwingend zu der Annahme, daß sie den Vertrag auch so und nicht anders gewollt hätten, wie er vereinbart sei; denn der die Pfändungsgrenze übersteigende Betrag habe nicht dem Ehemann persönlich zugewendet werden dürfen, wenn er nicht pfändbar sein sollte. Die Vergütung habe also derart gewährt werden müssen, daß sie überhaupt nicht in das Vermögen des Ehemanns gefallen, sondern von vornherein in der Person der Ehefrau entstanden sei. Hätten die Vertragschließenden gewollt, daß auch die der Ehefrau versprochene Summe in Wahrheit dem Ehemann gebühren solle, so würde diese Vereinbarung dem Zugriff der Gläubiger nicht erschwert haben. Die Verschiebung verstoße auch weder gegen ein Verbotsgesetz noch gegen die guten Sitten. Insbes. schließe das LohnbeschlG. eine solche Vereinbarung nicht aus. Gegen die guten Sitten verstoße sie dann nicht, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteige, was zum Unterhalt des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich erschien. Die Behauptung, das RG. habe für die Fälle, in denen über dies Maß hinaus der Ertrag der Arbeit des Mannes der Ehefrau zugewendet ist, bereits in dem Urteil des RG. in SeuffArch. 67, 439 u. JW. 1912, 687[16] die Sittenwidrigkeit der Abrede anerkannt, trifft übrigens nicht zu. Das RG. hat hier vielmehr in einem Falle, in dem von dem Verdienst des Mannes der Frau volle 10500 *M*, dem Manne selbst hingegen nur 1500 *M* zugesprochen waren, die Nichtigkeit der Abrede verneint, obwohl dem Dienstherrn die Überschuldung des Mannes bekannt war, und dazu ausgeführt, ein Verstoß gegen die guten Sitten wäre „vielleicht" zu bejahen gewesen, wenn der Mann den Vertrag in der Absicht geschlossen hätte, seinen Gläubigern das Entgelt zu entziehen, gleichzeitig aber den Genuß des Entgelts nur sich selbst, unter Vernachlässigung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seiner Familie zu sichern, es andererseits aber im weiteren darauf abgestellt, ob der Dienstpflichtige durch den Vertragsschluß nur bezweckt habe, den notdürftigen Unterhalt für seine Familie zu sichern und sich daneben nach Kräften um die Befriedigung seiner Gläubiger zu bemühen. Die weitere, viel zitierte Entsch. des RG. in SeuffArch. 67, 439 bringt keine neue Gedanken.

Diese ganze Rechtsprechung hatte sich sachlich erledigt durch die mit Weltkrieg und Inflation verbundenen Änderungen der Wirtschaftsverhältnisse. Unter dem Schutze des Satzes, daß Mark gleich Mark sei, waren die Lohnschieber ihre Schulden losgeworden, und die Arbeiter, soweit sie überhaupt beschäftigt waren, erhielten höhere Löhne. Inzwischen kamen die oben bereits erwähnten Gesetzesänderungen (zuletzt Ges. v. 27. Febr. 1928 [RGBl. I, 45]), durch die die Pfändungsgrenze heraufgesetzt und je nach der Kopfzahl der Familie des Schuldners den Verhältnissen angepaßt wurde. Allerdings wird es nicht lediglich hierauf, sondern zum Teil auch auf die Veränderungen der Zuständigkeitsgrenze und der Revisionssumme zurückzuführen sein, wenn weitere Entscheidungen in Lohnschiebungsprozessen zunächst nicht bekannt wurden. Dies ist anders geworden, seitdem wir Arbeitsgerichte haben. Die Bestimmungen der §§ 64 und 72 ArbGG., wonach Berufung und Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes „wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits" zugelassen werden können, haben Prozesse mit zum Teil recht kleinen Objekten es bis ans RArbG. gebracht. Seitdem liegt bereits eine Reihe von einschlägigen Entscheidungen vor (vgl. aus den letzten Jahren z. B. ArbRspr. 1929, 335 und 394; 1930, 172, 336, 384; 1931, 55). Sie bewegen sich durchaus in den Bahnen der Vorkriegsrechtsprechung des RG., ersetzen sogar

zum Teil die Begründung durch Bezugnahme insbes. auf RG. 69 und 81 oder verwenden deren Sätze fast wie Gesetzesworte, ohne selbst neue Gesichtspunkte beizubringen. Diese Rechtsprechung hat, soviel ich sehe, fast allenthalben lebhafte Ablehnung erfahren, auch bei einem Teile der LArbG.; vgl. z. B. ArbRspr. 1929, 392 (Köln); 1930, 69 (Frankfurt) und 338 (Breslau) und die Anm. von Volkmar a. a. O.

5. Die Gründe, die in dieser Rechtsprechung für die Unangreifbarkeit der Schiebung unter Ehegatten, insbes. der typischen 1500-ℳ-Verträge, geltend gemacht werden, halten im wesentlichen nicht einmal vom Standpunkt der reinen Logik und der rechtlichen Konstruktion, geschweige bei gerechter Interessenabwägung einer eindringenden Untersuchung Stand. Dies gilt auch hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Geschäfte, obgleich es hier am hartnäckigsten geleugnet wird und eine Autorität, wie die Jaegers auf die Seite des RG. getreten ist. Mit Recht ist sogar gesagt worden, es handle sich hier um das typische Geschäft in fraudem creditorum, und solchen Geschäften den Giftzahn auszubrechen, dazu sei das AnfG. bestimmt (Stein a. a. O. S. 432). Das RG. hat bei seiner gesamten Gedankenführung m. E. nicht genügend beachtet, daß es sich bei den der Ehefrau versprochenen Zuwendungen immer um einen Teil des Dienstlohnes, um eine Vergütung für die vom Ehemann zu leistenden Dienste handelt, auch dann, wenn die Vereinbarung in die Rechtsform eines Vertrags zugunsten eines Dritten gekleidet ist. Der Gesamtvertrag bleibt doch immer ein Arbeitsvertrag. Damit entfällt sowohl die Einwendung, daß eine Schädigung des Gläubigers nicht vorliege, als auch die, daß nichts aus dem Vermögen des Schuldners wegzugeben sei. Beides liegt klar zutage, wenn der Dienstvertrag nachträglich dahin abgeändert wird, daß der Schuldner selbst von seinem Lohn nur den unpfändbaren Betrag behalten, der Mehrbetrag dagegen der Ehefrau zugesprochen wird. Aber auch dann, wenn ein völlig neues Dienstverhältnis eingegangen wird, bei dem der Schuldner sich selber einen Zahlungsanspruch für die unpfändbare Summe, den Mehrbetrag dagegen für einen Dritten, insbes. die Ehefrau, ausbedingt, sind seine Gläubiger hierdurch benachteiligt, insofern sie nunmehr nicht mehr auf diesen Teil des Dienstlohnes Zugriff nehmen können. Auch die künftig fällig werdenden Lohnraten stellen einen gegenwärtigen Vermögenswert dar. Über ihn hat der Schuldner zum Nachteil der Gläubiger verfügt. Ob er zur Zeit der Vereinbarung dem Betrag der Lohnzahlung schon völlig gleichwertig ist, erscheint unerheblich. Zur Zeit der Lohnzahlung ist es sicher der Fall; in diesem Zeitpunkt tritt die Zahlung an die Stelle des Lohnanspruchs; die Frau kann daher auf Zahlung an den jeweiligen Fälligkeitstagen verurteilt werden. Die Feststellung, daß der Unternehmer den Dienstvertrag unter anderer Rechtsform nicht abgeschlossen hätte, ist unerheblich; auch in diesem Falle stellt die Zuwendung an die Ehefrau eine die Gläubiger des Mannes benachteiligende Handlung dar — ganz abgesehen davon, daß jene Feststellung mit Gewißheit in praxi kaum jemals zu treffen ist. Aber auch die von Jaeger betonte Voraussetzung, daß der Schuldner etwas aus seinem Vermögen aufgeopfert habe, liegt vor. Dies gilt selbst dann, wenn man in Abrede stellen will, daß es sich in Wirklichkeit nur um die Abtretung eines Teils der künftigen Lohnraten handelt (was aber meistens zutreffen wird; dabei ist unerheblich, ob man ernstlich annimmt, daß es sich um künftig entstehende oder um künftig fällige Ansprüche handelt; in beiden Fällen ist die Abtretung zulässig). Auch dann, wenn der Vertrag sich rechtlich als ein echter Vertrag zugunsten der Ehefrau darstellt, wird dieser aus dem Vermögen des Schuldners eine Zuwendung gemacht. Der Ehemann läßt der Frau durch die versprechende Firma eine Leistung bewirken, die zugleich die Gegenleistung aus dem Arbeitsvertrag darstellt. Die Vereinbarung bezweckt im Enderfolg freilich, dem Ehemann die aus dem Arbeitsvertrage geschuldete Leistung in der Weise zukommen zu lassen, daß die Firma an die Ehefrau zahlt, der der Ehemann vorher die Zuwendung gemacht hatte. Das steht der Anfechtung nicht entgegen. Auch wirtschaftlich kommt eine Zuwendung aus dem Vermögen des Ehemanns, nicht der zahlenden Firma, in Frage (vgl. Becker: Gruch. 58, 1 ff., und Levin, Verh. des 32. Dtsch. Juristentages I, S. 108 f.). Es kann daher Jaeger: LZ. 14, 1065 f. nicht zugestanden werden, daß es an dem Erfordernis einer Verkürzung der Zugriffsmasse fehle oder daß der Schuldner nicht den Lohn, sondern nur die Arbeit, und damit einen nicht zugriffsfähigen Wert geopfert habe. Letzteres träfe höchstens dann zu, wenn der Schuldner unentgeltlich oder nur noch gegen einen unter der Pfändungsgrenze bleibenden Lohn arbeitete. Dann könnte eine Anfechtungsklage gegen die Ehefrau freilich keinen Erfolg versprechen, wohl aber eine solche gegen den Unternehmer. Denn auch die Behauptung Jaegers, die Arbeit sei kein zugriffsfähiger Wert, läßt sich nicht halten. Mit Recht ist entgegnet worden, auch die Arbeit sei eine marktfähige Ware. Ist sie geleistet, so tritt an ihre Stelle ihr Wert, nämlich ein Zahlungsanspruch im Sinne des angemessenen oder ortsüblichen Lohns. Es ist richtig, daß der Gläubiger keinen Anspruch auf Arbeitsleistung des Schuldners hat; wenn aber der Schuldner arbeitet, so unterliegt die Gegenleistung oder mangels einer solchen der Wert der Arbeit dem Zugriff des Gläubigers im Wege der Anfechtung. Die gewiß scharfsinnigen Ausführungen Jaegers sind m. E. Übersteigerungen der Konstruktion und werden weder dem Zweck des AnfG. noch einer billigen Interessenabwägung gerecht. Selbst wenn die logische Folgerichtigkeit auf seiner Seite stünde, müßte die Anfechtung doch durchgreifen. Das RG. hat früher wenigstens wiederholt anerkannt, daß man die Anfechtung der ratio legis entsprechend, um den Ränken besonders schlauer Schuldner entgegenzutreten, auch dann zulassen müsse, wenn der Schuldner es verstanden habe, die rechtlichen Folgen des wirtschaftlich Gewollten so zu gestalten, daß der Schuldner und Erwerber äußerlich in keine unmittelbare Beziehung zueinander treten, aber das Vermögen des Schuldners zugunsten des Erwerbers verändert wird (RG. 43, 85; 59, 190 u. a.). Im Ergebnis übereinstimmend u. a. Jonas, ZPO., § 850 A. V; Kann S. 729; Becker: Gruch. 58, 22 f.; Levin a. a. O. S. 108/9; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte; Krüger: DJZ. 1930, 591 u. a.).

6. Der oft gehörten Ansicht, daß hier, bei der Frage der Anfechtung, der Schwerpunkt des Problems der Lohnschiebungen läge, kann ich freilich schon deshalb nicht beitreten, weil dieser Weg in vielen Fällen nicht zu einem brauchbaren Ergebnis führt. Zahlung wird von der Frau regelmäßig nicht zu erlangen sein. Beschäftigt sie selbst den Ehemann in ihrem Geschäft unentgeltlich oder hat sie den Lohn bereits vereinnahmt, so wird die Vollstreckung häufig ins Leere greifen. Soweit freilich die Lohnforderung gegen den dritten Arbeitgeber noch nicht eingezogen ist, muß sie nach allgemeinen Grundsätzen die Vollstreckung durch Pfändung und Überweisung des Lohnanspruchs dulden.

Aber auch rein logisch geht die Frage vor, ob die Schiebung nichtig ist, obgleich nach zutreffender Auffassung auch unwirksame Rechtsgeschäfte der Anfechtung unterliegen.

Die hier und da vertretene, aber z. B. von Stein (S. 435, 437/38), Becker (S. 5) und Levin (S. 97, 103, 119) abgelehnte Auffassung, die Lohnschiebung sei als Gesetzesumgehung nach § 134 BGB. nichtig, läßt sich m. E. nicht schon mit der meist angeführten Erwägung abtun, das LohnbeschlG. verbiete doch nur die Verfügung über den unpfändbaren Teil des Lohneinkommens, und der bloße Anfechtungstatbestand könne nicht schon die Nichtigkeit begründen. Die besondere Gesetzwidrigkeit ist hier einmal darin begründet, daß der Schuldner zum Zwecke der Vollstreckungsvereitelung verfügt und dann doch das dem Zugriff des Gläubigers Entzogene auf Schleichwegen wieder seinem Genuß zugänglich macht. Das Gesetz kennt zwar nicht den allgemeinen Satz, daß Umgehungsgeschäfte nichtig seien; aus dem berühmten § 5 RAbgO. ließe sich eher ein Argument dagegen entnehmen. Bei den hier in Betracht kommenden Tatbeständen möchte ich aber unter Heranziehung des § 288 StGB. für die meisten Fälle die Nichtigkeit aus § 134 BGB. bejahen. Doch bedarf die Frage, unter welchen Voraussetzungen das in fraudem legis vorgenommene Rechtsgeschäft als vom Gesetz verboten nichtig sei, noch einer eingehenden wissenschaftlichen Prüfung.

Besonders lebhaft ist gegenwärtig wieder der Streit um die Frage, ob die Lohnschiebung wegen Sittenwidrig-

keit nichtig sei. Die dagegen vorgebrachten Gründe erweisen sich zunächst als fadenscheinig, willkürlich oder doch unter den heutigen Verhältnissen unhaltbar. Es ist merkwürdig, daß der an sich richtige Gedanke, der Gläubiger habe kein Zugriffsrecht auf die Arbeitskraft des Schuldners und kein Anrecht darauf, daß er arbeite, immer wieder gerade dort auftaucht, wo der Schuldner tatsächlich Lohnarbeit verrichtet; wenn er dies aber tut, so gibt das Gesetz dem Gläubiger den Zugriff auf die Gegenleistung, und wer ihn auf Schleichwegen vereitelt, handelt gegen die Auffassung des redlichen Verkehrs. Zu welch merkwürdigen Mitteln der Gesetzesumgehung neuerdings gegriffen wird, beweist die in JW. 1930, 648 abgedruckte Entsch. eines OLG. Der Schuldner hatte durch Vereinbarung mit seiner Frau dieser „seine Arbeitskraft zur freien Verwendung" zur Verfügung gestellt (offenbar um eine Anfechtung zu umgehen); die Frau hatte mit dem Arbeitgeber einen Vertrag geschlossen, durch den sie sich verpflichtete, ihm wiederum die Arbeitskraft ihres Mannes gegen eine monatliche Vergütung zur Verfügung zu stellen, die nicht an ihren Mann, sondern an sie selbst zu zahlen sei. Das heißt man wirklich, eine Lohnschiebung möglichst hieb- und stichfest machen! Den rechtlichen Aufwand, mit dem das OLG. den Vertrag stützt, kann man nur bedauern. Ehedem hatten die OLG. im Kampf gegen solche Machenschaften voran gestanden. — Auch der vielfach gegen die Sittenwidrigkeit angeführte Grund, daß der Schuldner das wohlbewachte Interesse seiner Selbsterhaltung verfolge, ist wenig beweiskräftig. Es gibt auch eine Sittenpflicht, die verlangt, daß der redliche Kaufmann seine Schulden bezahlt. Anzuerkennen ist, daß hier früher eine Kollision der Pflichten insofern auftauchen konnte, als dieser Sittenpflicht die zum Unterhalt der Familie gegenübertrat. Die Abgrenzung nun, die hier von der oberstrichterlichen Rechtsprechung bei Unterhaltsverpflichtungen vorgenommen worden ist, erscheint zum Teil willkürlich, jedenfalls höchst unsicher (vgl. oben zu 2b). In einigen Entscheidungen wird darauf abgestellt, ob der Schuldner darauf ausgeht, sich ein behagliches Leben auf Kosten seiner Gläubiger zu verschaffen oder ob er alles tun will, um sie zu befriedigen (vgl. oben zu 4). Die richtige grundsätzliche Grenze ist m. E. im Gesetz selbst gezogen (vgl. § 850 II, III, IV ZPO.; §§ 4, 4a LohnbeschlG. und § 1 LohnpfändVO.). Nachdem der Gesetzgeber dazu übergegangen ist, hier je nach der Wirtschaftslage, den Familienverhältnissen des Schuldners und der Art der Forderung des Gläubigers abzugrenzen, halte ich es für abwegig, wenn die Gerichte abweichende Abgrenzungen einführen, die zudem meist auf das berechtigte Interesse des Gläubigers wenig Rücksicht zeigen. Für bedenklich muß ich es ferner erachten, hier von einem Akt der Notwehr zu sprechen, oder den Satz aufzustellen, das Gesetz könne die Volksgenossen nicht zwingen, seine Auffassung als sittengemäß anzuerkennen (vgl. Levin S. 93, 104). Auch bei dieser Frage kann sich übrigens die Rechtsprechung nicht auf die Meinung der Wissenschaft berufen (vgl. Stein: ZZP. 44, 438 f.; Stein-Jonas § 850 V; Kann § 850 S. 729; Becker S. 45 f. u. a.).

Erfreulicherweise scheint sich jetzt in der Rechtsprechung die Auffassung durchzusetzen, daß wenigstens in den Fällen, in denen der Schuldner darauf ausgeht, Unterhaltsberechtigte, insbes. auch uneheliche Kinder, um ihre Ansprüche zu bringen, der Dienstherr, der ihm dabei behilflich ist, sich einer unerlaubten Handlung schuldig macht und daher gemäß §§ 826, 830 BGB., unter Umständen auch gemäß § 361 Ziff. 10 StGB. und § 823 Abs. 2 BGB., haftbar gemacht werden kann. Auch bei Ansprüchen anderer Art wird dies wenigstens in besonders krassen Fällen anerkannt. Das RArbG. verlangt hier freilich die „Darlegung ganz besonderer Umstände, aus denen trotz des erlaubten Inhalts wegen eines verwerflichen Beweggrundes und Zweckes die Sittenwidrigkeit zu bejahen wäre" (ArbRspr. 1930, 385). In der Entsch. ArbRspr. 1929, 335 hat das RArbG. die Sittenwidrigkeit deshalb verneint, weil nur ein verhältnismäßig geringfügiger Betrag dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden sollte. Richtig ist auf jeden Fall die allgemeine Einschränkung, daß der Tatbestand der Anfechtung an und für sich noch nicht die Annahme der Sittenwidrigkeit begründen kann. Mit dieser Einschränkung war die Anwendbarkeit des § 826 BGB. auf Lohnschiebungsverträge in der Literatur schon längst anerkannt (vgl. insbes. Becker S. 43/45; Stein S. 441. Levin S. 119).

7. Logisch und praktisch liegt aber der Mittelpunkt des ganzen Problemkreises bei der Tatsache, daß es sich in der weitaus größten Zahl der einschlägigen Fälle um offenbare Scheingeschäfte handelt. Dies wird beides keineswegs schon dadurch ausgeschlossen, daß der Ehefrau oder dem sonstigen Gehilfen eine fiduziarische Stellung eingeräumt ist. Beides war schon in der Blütezeit der 1500-M-Verträge in Schrifttum und Rechtsprechung längst erkannt (vgl. namentlich Becker S. 3 ff.; Stein S. 441 ff., sowie die bei Becker bezogenen Entsch. der OLG. Köln und Düsseldorf). In jüngerer Zeit hat namentlich Stein-Jonas (§ 850 V) den Gesichtspunkt des Scheingeschäfts kurz, aber überzeugend in den Vordergrund gerückt: Daß der Prinzipal der Ehefrau eine Schenkung machen oder die dem Angestellten obliegende Unterhaltspflicht übernehmen wollte, ist ebenso abzulehnen, wie der Gedanke, daß die Frau selbst in das Dienstverhältnis eintrete. Die Frau soll den ihr zugewandten Betrag für den gemeinsamen Unterhalt des Mannes und der ganzen Familie verwenden. „Zweck des Treuhandverhältnisses ist also nur, dem Manne das zu erhalten, was ihm zum Schein entzogen ist, also nach außen eine Rechtslage vorzutäuschen, wie sie weder tatsächlich besteht noch als solche gemeint ist; daß die Parteien die Absicht haben, den Schein der Ernstlichkeit zu erwecken, macht das Geschäft noch nicht zu einem ernstlich gewollten." Schon 1910 hatte Lippmann: LZ. 1910, 833, vgl. 1912, 132) die Ehefrau als „bloße Zahlstelle" bezeichnet und überzeugend hatte Meitzel: SeuffBl. 1912, 543 die einschlägigen Verträge als reine „juristische Konstruktion" erkannt und ausgeführt, wenn jemand gegen Entgelt Dienste leiste, auf dies Entgelt zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts und zur Erfüllung der ihm gegenüber seiner Familie obliegenden Unterhaltspflicht auch angewiesen sei, trotzdem aber für seine Person auf die Vergütung aus dem Arbeitsvertrag verzichte und die Vergütung seiner Frau oder einem Dritten zuwende, damit das Entgelt zur Bestreitung seines und seiner Familie Unterhalts verwendet werde, so sei die Ehefrau oder der Dritte nichts anderes als der Strohmann des Schuldners. Sehr glücklich hat aber vor allem Stein (a. a. O. S. 442 f.) die Fehlerhaftigkeit der Argumentation des RG. aufgedeckt: Wenn der Schuldner mit 1500 M. nicht leben könne, so könne es die Meinung der Parteien nicht gewesen sein, daß er nun davon leben solle. „Nicht entzogen, sondern belassen soll ihm der Überbetrag werden, nicht den Angestellten, sondern seinen Gläubigern soll er entzogen werden." Wenn diese letztere Absicht den Parteien bitter ernst sei, so beweise dies nicht die Ernsthaftigkeit des ganzen Vertrages, sondern nur, daß sie den Anschein der Ernstlichkeit hervorrufen und nur nach außen hin im Verhältnis zu Dritten die Frau als Gläubigerin erscheinen lassen wollen. Bloßer Schein ist ihm insbes. die Selbständigkeit des Rechts der Frau; wäre es den Beteiligten damit Ernst, so würden sie ihr die Forderung abtreten. Wollte die Frau von ihrer Selbständigkeit Gebrauch machen, indem sie etwa den Anspruch abtreten wollte oder würden ihre Gläubiger die Forderung pfänden, so würden die Beteiligten dagegen vorgehen. Die Frau soll mit dem Gelde Verpflichtungen erfüllen, die der Mann eingeht und die, wenn die Frau sie eingegangen hätte, doch (nach dem Recht der Schlüsselgewalt) Verpflichtungen des Mannes wären; wenn also die Frau die ihr zugewendeten Beträge bestimmungsgemäß verwendet, so „leitet sie sie in das Vermögen des Mannes zurück". Das einzige „selbständige Recht" der Frau besteht darin, daß sie „Schildwache stehen" und im Augenblick der Pfändung Widerspruchsklage erheben soll. Tatsächlich wird ihr der Lohn auch kaum jemals ausgehändigt werden. — Seit diesen Darlegungen Steins hätte die Ernsthaftigkeit der Abreden nicht weiter behauptet werden sollen· eine wirkliche Widerlegung ist, soviel ich sehe, nicht einmal versucht worden. Mit Recht bezeichnet Stein es für Fälle, wie oben zu 2a behandelt, als Prüfstein der Ernstlichkeit, ob für den „Angestellten" geklebt und ob er zur Krankenkasse angemeldet wird (vgl. neuerdings auch Volkmar: ArbRspr. 1930, 70 II; 1931, 57).

In den typischen Fällen der Lohnschiebung wird mit

der Feststellung der Scheinnatur den Gläubigern auch geholfen sein: Durch das nichtige Rechtsgeschaft wird verdeckt (§ 117 BGB.) der Vertrag, wonach der Schuldner seine Arbeit gegen den vollen Lohn zu leisten hat; die Gläubiger können daher den ganzen pfändbaren Lohn beschlagnahmen. — In anderen Fällen, insbes. dann, wenn der Ehemann zum Schein Angestellter seiner Frau ist (vgl. oben 1a, auch ArbRspr. 1930, 338) ergeben sich, ebenso wie bei der Annahme eines wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Geschäfts, freilich Schwierigkeiten. Dem Schuldner verbleiben dann nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Ansicht Volkmars (vgl. ArbRspr. 1930, 71 u. 340), daß in solchen Fällen „künftige Bereicherungsansprüche" nicht der Pfändung unterliegen, wird man nicht unbedingt beipflichten müssen. Die Annahme, daß die Bestimmung des § 832 ZPO., die ja auch sonst ausdehnend ausgelegt wird, auch auf solche periodisch fällige (in Wahrheit erst entstehende) Bereicherungsansprüche Anwendung zu finden hätte, die an die Stelle von Lohn- oder Gehaltsforderungen treten, wird sich immerhin vertreten lassen. In manchen Fällen wird im Wege sinn- und zweckentsprechender Auslegung der Lohnvereinbarung, insbes. durch Einstellung des Wertes der Naturalbezüge, besser aber noch durch Heranziehung des § 3 LohnbeschlG., zu helfen sein, der m. E. die Umrechnung aller Vermögensvorteile in Geldansprüche gestattet. Die Ansicht, der § 3 beziehe sich nur auf die unpfändbare Vergütung, trifft m. E. schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu (vgl. § 4 Ziff. 4 LohnbeschlG., a. A. Levin S. 102).

8. Die ganze Materie gibt zu ernsten Betrachtungen allgemeiner Art mehrfachen Anlaß. Die zur Zeit noch herrschende Rechtsprechung vornehmlich des RArbG. schädigt den Kredit, aber auch das Ansehen der Rechtsprechung. Diese muß sich endlich losmachen von der — auch zur Legalisierung der Sicherungsübereignung so oft hervorgetretenen — Anschauung, daß die Absicht der Gesetzesumgehung ein Beweismoment für die Ernsthaftigkeit der Umgehungsgeschäfte darstelle. Es kann nicht genügen, wenn die Beteiligten oder, da sie meistens nicht einmal den Sinn der Abreden genügend durchschauen können, ihre Rechtsberater, oft unter Anklammerung an bestimmte Wortwendungen in höchstrichterlichen Entscheidungen, eine bestimmte Konstruktion „wollen"; entscheidend ist vielmehr, ob der wirkliche, wirtschaftliche Inhalt des Rechtsgeschäfts von den Vertragsparteien ernsthaft gewollt ist; das wird auf dem Gebiet der Schiebungsgeschäfte noch viel häufiger und unzweifelhafter zu verneinen sein, als bei der Sicherungsübereignung. Der Begriff des Scheingeschäfts entbehrt ebenso wie die Bedeutung und Wirkung der Gesetzesumgehung noch jeder tieferen Bearbeitung durch die Rechtswissenschaft. Wenn ferner der Jurist ohne die Hilfsmittel der rechtlichen Konstruktion schwerlich jemals wird auskommen können, so muß doch stets im Vordergrunde der Betrachtungsweise der sachliche und wirtschaftliche Inhalt und Zweck der Bestimmungen und Abreden und die billige Abwägung der berechtigten und gesetzlich anerkannten Interessen, vor allem aber auch die Frage stehen, was der Gesetzgeber gesagt und gewollt hat. Wir werden uns auch auf diesem Gebiete immer des alten Satzes erinnern müssen, daß in fraudem legis agit, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. Gewiß, der Richter hat nicht nur Gesetzesworte anzuwenden, sondern Recht zu sprechen, notfalls auch zu schöpfen. Aber es ist ein unhaltbarer Zustand, wenn der Gesetzgeber fortlaufend zur Anpassung an die jeweiligen Wirtschaftsverhältnisse soziale Bestimmungen über die Pfändungsgrenze trifft und wenn dann die Rechtsprechung sich zum Schaden der Gläubiger — in der Wirkung wenigstens — einfach darüber hinwegsetzt. Kurz vor dem Kriege lag der Petitionskommission des Reichstags eine Eingabe vor, in der es hieß, durch die Rechtsprechung des RG. werde das Ansehen Deutschlands im Auslande geschädigt, weil sie den Anschein erwecke, als ob bei uns der Betrug sogar mit den „guten Sitten" vereinbar wäre. Noch nachdenklicher aber muß stimmen, wenn, wie Hoeniger: JW. 1930, 649 berichtet, auch in Arbeitnehmerkreisen gegen die Rechtsprechung des RArbG. Front gemacht wird. Das Organ des Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes hat sich über die Lohnschiebungsverträge mit erfreulicher Deutlichkeit dahin ausgelassen: „An dem Grundsatz, daß ein Schuldner nach besten Kräften seinem Gläubiger gegenüber verpflichtet ist, seine Schulden abzutragen, wollen auch die Arbeitnehmer nicht rütteln lassen. Die Sachlage ist daher nunmehr einfach so, daß derartige Verträge nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sind." Mit Recht ist weiter bemerkt worden, daß die Stellung, die dem Ehemann in den von der Rechtsprechung geschützten Lohnschiebungsverträgen zugewiesen ist, auf ein Zerrbild der Ehe und ihrer Lebensgemeinschaft hinausläuft, und es ist kein schlechter Scherz und auch nicht nur ein bon mot, wenn ferner darauf hingewiesen wurde, das Rechtsverhältnis des Ehemannes bei den Verträgen zugunsten der Ehefrau in den typischen Lohnschiebungsvereinbarungen ähnle so, wie sie in der Rechtsprechung über die Anfechtung solcher Verträge aufgefaßt werde, im Grunde am meisten der Rechtslage des römischen Haussklaven, der allerdings den Anspruch auf den Lohn unmittelbar seinem Herrn erwarb, ohne daß er durch sein, des Dienstpflichtigen, Vermögen hindurchgegangen wäre. Das sind Konstruktionen, die sich für modernes Rechtsempfinden von selbst richten.

Wir leben in einer Zeit größter Gläubigernot. Letztere ist im ganzen gesehen wahrscheinlich größer als die Not der Schuldner, jedenfalls größer, als vor dem Kriege. Damals hat Friedrich Stein (a. a. O.) daran erinnert, daß in der Vollstreckung der Gläubiger meist jenseits des Augenpunkts im Hintergrunde verbleibe; zu leicht werde vergessen, daß in der Zwangsvollstreckung der Gläubiger hinter wirtschaftlichen Werten herjage, die in aller Regel der Schuldner früher genossen habe. Und er hat damals weiter noch ein sehr hartes Wort ausgesprochen: „Die Anerkennung des 1500-ℳ-Vertrages ist nicht etwa bloß eine Milderung der Härten des Gesetzes, sondern die glatte Verneinung des Gesetzes; dazu ist die Rechtsprechung auch dann nicht berechtigt, wenn die Anwendung des Gesetzes einen Notstand bedeuten würde — und eine Rechtspflege, die sich vermißt, gegen das Gesetz vorzugehen, verneint sich selbst."

Erfahrungen und Entscheidungen aus der Vergleichsordnung.

Von Geh. JR. Dr. Hugo Cahn I, Nürnberg.

I. Schlechte Quoten. Unkontrollierte Vergleichserfüllung.

Es sind beinahe vier Jahre verflossen, seit die VerglO. zur Tat wurde. Seitdem sind festere Gebilde entstanden. Man hat sich im Schrifttum — mit und ohne Entscheidungen — auf Grundsätze geeinigt, man hat die Stärken erkannt und die Schwächen nicht übersehen. Man beklagt, daß, nach Aufhebung des Verfahrens auf Grund der Bestätigung des Vergleichs, die Übelstände, wurzelnd im schlechten Willen des Schuldners, der Unzulänglichkeit der Masse und der zu großen Nachsicht der Organe erst recht anheben.

Es ist daher begreiflich, daß allenthalben nach einer Überwachung der Vergleichserfüllung gerufen wird, daß die Redner des Gläubigerschutz-Kongresses in Wien zu Beginn des Monats Juni 1930, vertrauend auf die Erfahrungen in Ungarn, Schutzmaßnahmen des deutschen und österreichischen Ausgleichsverfahrens herbeigesehnt haben. Die deutsch-österreichische Arbeitsgemeinschaft (Insolvenz-Rechtskommission) hat in ähnlichem Sinne zu Beginn Dezember 1930 in Nürnberg den Entwurf einer neuen AusglO. für Deutschland und Österreich beraten. Wieso dies alles und zumal so rasch nach Schaffung des Gesetzes?

Die Anzahl der VerglVerf. hat sich in einem eiligen Tempo vergrößert (Michalke, Die Wirtschaft und das Recht, 1930, S. 171 ff.; einseitiges Wahlrecht des Schuldners). Der vorjährige Bericht des Verbandes der Vereine

Creditreform formt dies so: „In den Konkurs wird man getrieben, in das VerglVerf. geht man hinein. Denn der Schuldner stellt einen Konkursantrag nicht ohne Not. Die VerglO. ist das Instrument, welches der Gesetzgeber in die Hände des Schuldners gab zur Wahrung seiner Belange und zur Erhaltung seiner Existenz."

Das übelste ist, daß die meisten Vergleichsversuche auf der Basis der VerglO. v. 1. Juli 1927 Erfolg haben, d. h. Erfolg insofern, als der Vergleich zustande kommt. Erfolg nicht insofern, als der Vergleich auch erfüllt wird. Das VerglVerf. ist dadurch ausgeartet, daß aus Furcht vor dem Konkurs ziemlich wahllos Zustimmungserklärungen abgegeben werden (so auch Haage, juristischer Mitarbeiter der Handelskammer Hamburg: Die Wirtschaft und das Recht 1930, Nr. 6 S. 233, indem er den Durchschnittsgläubiger geneigt erklärt, dem VerglVerf. unbesehen zuzustimmen). Der Verband der Vereine Creditreform meint, daß die Gläubiger sich gar nicht mehr leisten zu können glauben, ihren Schuldnern gegenüber den starken Mann zu spielen. Sie müssen behutsam vorgehen, um in der Absatznot nicht noch Kunden zu verlieren. Die Vergleichsbereitheit der anderen reißt sie mit. Im Wege unseres nicht einwandfreien Einzelvollstreckungssystems kommt nichts heraus. Im Konkurs kommen sie zu einem lächerlichen Bruchteil. Weisbart bei der Industrie- und Handelskammer Berlin hat das Ergebnis der Konkursabwicklung erörtert. Die Zunahme der Massekosten, Masseschulden und Vorrechtsansprüche bewirkt, daß die Nichtbevorrechtigten sich mit einer wesentlich geringeren Dividende, wie früher, begnügen müssen. Die nach Konkurseröffnung entstandenen Steuern, insbes. die Wertzuwachssteuer (Bley: KonkTrW. 1927, 17 ff.; Entsch. des RFH. v. 27. Aug. 1929, II A 422/27: RFH. 25, 1929; ebenso SächsOVG.; dagegen neuerdings erfreulich: PrOVG.: KonkTrW. 1931, 15 u. Heft 3 S. 33) werden zur Zeit vielfach als Massekosten erhoben. Die Massekosten sind statistisch von 16,3 auf 20% gestiegen. In Berlin sind die Masseschulden von 28,8 auf 44,3% gestiegen. Die Ursache liegt in den Mieten für Geschäftsräume. Die Vorrechtsforderungen sind von 7,3 auf 27,1% angewachsen. KündSchG. v. 9. Juli 1926, Ält. AngKündSchG., BetrRG. v. 14. Febr. 1920, BetrStillegVO. v. 8. Nov. 1920 und 15. Okt. 1923, SchwBeschG. v. 12. Jan. 1923, MutterSchG. v. 16. Juli 1927 sind verantwortlich zu machen (Adler: LZ. 1928, 1370; Jaeger, Festschr. Intern. Kongreß Wien 1930, 74; Schumann: Creditreform 1931, 12). Bis 1928 ist den Vorständen das rückständige Gehalt noch mit Vorrecht gezahlt worden. Seit RGEntsch. v. 19. März 1928 wohl nicht mehr. Jaeger rügt richtig a. a. O., daß England und Österreich ein Maximum des Vorrechts respektieren. Allemal erscheint der Gläubigerschaft die schmale Hoffnung einer Befriedigung im Rahmen der VerglO. noch erträglicher als der Konkursschreck. Die Schuldnerschaft mißbraucht die VerglO. Die Hauptlücke des Vergleichsrechts ist und bleibt die unkontrollierte Vergleichserfüllung. Die Anfänge eines Fortsetzungsstadiums im Entwurf der deutsch-österreichischen Arbeitsgemeinschaft sind begrüßenswert.

Tunlichst wird heute in der Praxis die Form des Liquidations- oder Treuhandvergleichs angestrebt (u. a. Handelskammer Hamburg; Emmerich, Sanierung S. 134 ff.; Haage a. a. O. S. 236: 95% aller Vergleiche sind in Hamburg Liquidationsvergleiche. Siehe über die einschlägigen Auswüchse auch Klien: KonkTrW. 1928, 100; Neeße: KonkTrW. 1930, 105 und Culemann: KonkTrW. 1930, 108 ff.; Schumann: Magazin der Wirtschaft 1930, 787; Michalke a. a. O. auf Grund der Gutachtertätigkeit der InduHKBerl.). Treffend sagt der Verband der Vereine Creditreform, daß in dem Halbdunkel dieser Einrichtung eine unkontrollierte Abwicklung des Vermögens vor sich gehe. Und Neeße: Wenn den Gläubigern klar gemacht wird, daß sie dem Liquidator auf Gedeih und Verderb ausgeliefert sind..., dann müßten doch immer weniger Liquidationsvergleiche angenommen werden... Die deutsch-österreichische Arbeitsgemeinschaft (Insolvenzkommission) mißbilligt a limine den Liquidations- und Treuhandvergleich). Ein klares, einheitliches und eindeutiges Recht hinsichtlich Treuhandübereignung und -überwachung tut allemal not (Neeße a. a. O. S. 106; Cahn, Festschr., Intern. Kongreß für Gläubigerschutz, Wien 1930, S. 27). —

Man verkennt längst in praxi die prinzipielle Bedeutung der Vergleiche hinsichtlich Zweckmäßigkeit und Aussichten. Die Sanierungsmöglichkeit wird von gewissenlosen Unternehmungen und von zunftmäßigen Akkordmachern oder Vergleichsagenten („Pleiteriechern", Michalke S. 178) ausgeschöpft.

Der Vergleich wird eröffnet, wenn das Vermögen stark aufgezehrt ist. So bleiben wirtschaftlich und vom Standpunkt einer aufrichtigen Prognose kaum ernstliche Mittel zur Befriedigung der Nichtbevorrechtigten. Weitere Komplikationen gehen durch Verpfändungen, Sicherungsübereignungen, Eigentumsvorbehalte, hypothekarische Belastungen und Schiebungen vor sich. Meist bleibt es — soweit es sich nicht um Liquidationsvergleiche dreht, deren Quoten, solange kein Minimum derselben normiert ist, noch geringer sind — bei der 30%igen Allermindestquote. Meist wird auch diese nicht effektiv ausgezahlt. Man gibt sich nicht einmal die Mühe, den Gläubigern mehr zu bieten, als sie im Konkursverfahren erlangen würden (Indu.HKBerl. 1930).

Der deutsch-österreichische Entwurf der Insolvenzkommission möchte den krassen Zuwiderhandlungen nun vor allem dadurch einen Riegel vorschieben, daß **schon nach Eingang des Antrags** das Ausgleichsgericht Verfügungsbeschränkungen dem Schuldner auferlegen und Vollstreckungen aufschieben kann. Weiterhin sollen nach dem deutsch-österreichischen Entwurf Absonderungsrechte irgendwelcher Kategorie nach **Eröffnung** des VerglVerf. durch Vollstreckungen nicht erworben werden können. Der Rahmen aller bevorrechtigten Gläubiger wird ferner zeitlich nach dem deutsch-österreichischen Entwurf stark eingeengt. In das System Kiesow, also in das System der heutigen VerglO., paßt dieser radikale Gedankengang des deutsch-österreichischen Entwurfs natürlich nicht. Solange es daher bei der VerglO. v. 5. Juli 1927 verbleibt, müssen wir mit dem Bestehenden auskommen. Und das geht sehr wohl. Im einzelnen ist, rückblickend und ausblickend, vom Gesichtspunkt des Gesetzes, wie es ist, auszuführen:

II. Man gewähre mehr Akteneinsicht.

Der Gläubigerschaft steht nach § 13 VerglO. die Akteneinsicht prinzipiell frei. Dies hat nicht nur für die beteiligten und betroffenen Gläubiger, sondern für sämtliche Gläubiger des Schuldners zu gelten (Cahn, Komm. z. VerglO., § 13, und Cahn: JW. 1928, 1120 Nr. VIII 3). Die Einschränkungen, welche Kiesow S. 202 der 3. Aufl. unter 4 angewendet haben will, sagen mir nicht zu. Er erklärt es dem Sinne des Gesetzes entsprechend, wenn das Vergleichsgericht die Einsicht versagt, sofern sich nicht der Schuldner mit derselben durch den betreffenden Gläubiger einverstanden erklärt. Kiesow stellt die Frage ja selbst auf das arbitrium judicis ab, indem er mit Weinberg S. 68 ausführt, daß wenn der Schuldner offensichtlich mißbräuchlich Mitteilungen als geheim bezeichne, das Gericht nicht gebunden sei. Des Schuldners Veto gegen die Offenlegung gewisser Akten mit dem Argument, daß die Fortführung seines Unternehmens die Verschwiegenheit erheische, ist gefährlich für die Gläubigerschaft. Da muß das richterliche Ermessen einsetzen. Roter Faden: Würdigkeit.

III. Von den obligatorischen Ablehnungsgründen des § 22 VerglO. ist mehr Gebrauch zu machen.

Was nun die zwingenden Ablehnungsanlässe anbetrifft, so sollte man von den Ablehnungsmöglichkeiten des § 22 einen ausgiebigeren Gebrauch machen (so auch Kiesow, 3. Aufl., S. 258 Nr. 9, wo erwähnt wird, daß die richterliche Beweiswürdigung schon im § 20, durch Anhörung der Berufsvertretung, und im § 22 Nr. 4 ein geeignetes Betätigungsfeld habe). Die Erfahrung zeigt, daß der Vergleichsrichter in einer Zeit, wie sie das Jahr 1931 mit seiner Fülle gescheiterter Existenzen bei Hoch und Niedrig darstellt, in einer Zeit des verwildertsten Parlamentarismus, der schamlosesten Korruption, des tendenziösesten Verletzens jedes Rechtsempfindens und -gefühls, des methodischen Zerfallens ganzer wirtschaftlicher Unternehmungen, gar nicht gewissenhaft genug den Voraussetzungen des § 22 VerglO. nachgehen kann. Ich nehme weiter auf meine Ausführungen: JW. 1928, 1129 und die von Kiesow S. 258 der 3. Aufl. Nr. 10 kommentierte Entsch. des LG. Würzburg v. 29. Mai 1929: KonkTrW. 1929, 109 Bezug. Im allgemeinen schwanken Handelsgremien, Schrifttum und Zentralbehörde, ob sie sich hinsichtlich der Mußnorm mit solcher der Vertrauenswürdigkeit und Vermögenslage oder

tunlichster Kasuistik oder etwa einem Potpourri von beidem zufrieden geben sollen. In diesem § 22 wurzeln die Möglichkeiten der Hintanhaltung eines wirtschaftlich unberechtigten VerglVerf.

IV. Auch aus dem Ermessen hinsichtlich des § 23 ist mehr herauszuholen.

Ich beharre darauf, daß der § 23 VerglO. die fakultativen Ablehnungsgründe nicht abschließend aufzählen wollte (wie ich dies JW. 1928, 1120 Nr. VIII 5 dargetan habe): a. M. Kiesow, 3. Aufl., S. 263.

Wenn auch Haage, HK. Hamburg: Die Wirtschaft und das Recht 1930 Nr. 6 S. 232 das Nachforschungsrecht der Gerichte ausgeschaltet und (wie es der Entwurf der deutsch-österreichischen Insolvenzkommission für rätlich findet) auf festumrissene Ablehnungsgründe beschränkt haben will, so sieht auch er eine Hürde, die nicht existiert.

V. Der § 24 kann geschmeidiger angewendet werden.

Gegner bin ich jedes starren Systems. Wortlaut und Sinn des § 24 VerglO. sprechen nicht dafür, daß in einer und derselben Urkunde Ablehnung der Eröffnung des VerglVerf. und zugleich Eröffnung des KonkVerf. zu verbescheiden seien. Wo steht geschrieben, daß nicht eine Stunde oder einen halben Tag später die zweite Entscheidung fallen darf? Ich sehe auch nicht, wie Kiesow, 3. Aufl., S. 268, eine Schwierigkeit darin, daß an Hand der Geschäftsverteilung allenfalls verschiedene richterliche Personen dies und jenes zu judizieren haben.

VI. Das Beschwerderecht des § 24 ist nicht allzu eng.

Nach § 24 VerglO. steht dem Vergleichsschuldner gegen die Entsch. über die Eröffnung des KonkVerf. die sofortige Beschwerde zu. Mit ihr kann auch geltend gemacht werden, daß die Eröffnung des VerglVerf. zu Unrecht abgelehnt worden sei. Ich kann nicht einsehen, wieso ich S. 130 (§ 14 VerglO.) und S. 180 (§ 24 VerglO.) den Bestimmungen der einschlägigen Paragraphen — wie Kiesow, 3. Aufl., S. 270 Note 8 unter 2 ausführt — nicht gerecht geworden sein soll.

VII. Der § 25 HGB. findet auf das Vergleichsverfahren Anwendung.

Der § 25 HGB. bestimmt: wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die Frage, ob gegenüber dem Erwerber eines Handelsgeschäfts aus der Hand des Konkursverwalters ein Konkursgläubiger sich darauf berufen dürfe, daß der Erwerber für die Verbindlichkeiten des Cridars hafte, hat das RG., 1. ZivSen., am 21. Mai 1904 verneint (näheres s. Staub-Bondi, § 25 Anm. 1c). Das OLG. Stettin hatte nun am 16. Juni 1929: JW. 1929, 2627 mit Unrecht dem KonkVerf. das VerglVerf. gleichgestellt (Cahn: ZentrBlHR. 1929, 317. Für unseren Vergleichsfall trifft § 25 HGB. sehr wohl zu. Kiesow, 3. Aufl., S. 293 oben stimmt mir bei).

VIII. Freispruch von der Gebundenheit gemäß § 28 VerglO. auch bei vorheriger Wegbedingung der Anwendbarkeit.

Die Auffassung von Kiesow, 3. Aufl., S. 312 Nr. 40, daß die Wegbedingung der Anwendbarkeit des § 28 keinen Teil des gegenseitigen Vertrags darstelle, so daß nicht jede Partei sich von dieser Klausel befreien könne, mache ich nicht mit (s. Cahn, Komm. S. 188; ebenso KonkTrW. 1929, 186: Grundsätzlich können Parteien Formularien vereinbaren, daß §§ 28 ff. VerglO. auf sie keine Anwendung finden dürfen). Von solchen Bindungen kann aber ebenfalls der Vergleichsrichter lösen. Ich wüßte nicht, weshalb diese (in seinen ersten Aufl. von Kiesow geteilte) Meinunng, wie Pinner: ZHR. 1928, 393 ausführt, doktrinär sein sollte. Ich wüßte nicht, weshalb hier ein circulus vitiosus gegeben sein sollte.

IX. Die Ermächtigung des Gerichts nach § 28 VerglO. braucht nicht vor der Kündigung erteilt werden.

Kiesow, 3. Aufl., S. 321 Nr. 12 und OLG. Nürnberg, 1. ZivSen. v. 27. Nov. 1930, L 422/30, überzeugen mich nicht, daß die Ermächtigung des Gerichts gem. § 28 Abs. 2 VerglO. unbedingt vor Ausübung der Kündigung erteilt werden muß. Ich bleibe auf dem S. 200 meines Komm. ganz unten Gesagten (s. auch SeuffArch. 81, 32) vielmehr stehen und beziehe mich auf meine Darlegung: LZ. 1928, 662 und JW. 1929, 2131. Allerdings erblicke ich — gegen Heinz Cohn: KonkTrW. 1931, 3 ff. — in dem Moment der Bestätigung der Rechtskraft des Vergleichs die zeitliche Höchstgrenze der Lossagung.

X. Einstweilige Verfügung zur Sicherung der Rechte aus § 27 VerglO.

In JW. 1929, 1633 XII pflichtete ich Samolewitz: JW. 1929, 312 bei, der gegen eine Gesetzesänderung sich auflehnt und die allgemeine EinstwVerf. als Modus zur Sicherung der Rechte aus § 70 VerglO. in Vorschlag bringt. Die Opponenten, welche Kiesow, 3. Aufl., S. 262 zu § 33 anführt und denen er sich selbst anschließt, haben meine Meinung nicht umgestülpt.

XI. Stellung der Vertrauensperson nach außen.

Was die Stellung der Vertrauensperson nach außen anlangt, die unbestritten von der des Konkursverwalters abzuweichen hat (Jaeger, Komm., 7. Aufl., § 6, S. 120 ff.) und über die neuerdings Josef Schmitt (Würzburger, Abhandlungen Oetker-Schanz, Heft 21) tiefschürfend schrieb, so darf ein Dritter **präsumtiv**, zumal wenn gewisse Formen und Floskeln darauf hinweisen, daß sich die Vertrauensperson so geriert, davon ausgehen, daß die die Vertreterrechte de facto ausübende Vertrauensperson hierzu ermächtigt ist und daß eine von der Vertrauensperson aufgestellte Person Geschäftsführerin oder aber Vertreterin des Schuldners ist (a. M. mit Unrecht OLG. Nürnberg, 1. ZivSen. v. 27. Nov. 1930, L 422/32, welches nur bei Anwendung von expressa verba die aktive und passive Vertretungsmacht der Vertrauensperson zulassen will). Wenn sich demnach eine Person dem Protestbeamten als Vertreterin der Vertrauensperson vorstellt, so darf und muß der Protestbeamte daraus den Schluß ziehen, daß er einen bevollmächtigten Vertreter des Wechselschuldners vor sich habe (RG. II v. 25. Jan. 1927, 392/6; meine Fußnote hierzu JW. 1927, 848; Cahn, Komm. z. VerglO. S. 253; Samolewitz S. 84 Anm. 3; a. M. Kiesow, 3. Aufl., S. 399).

XII. Tod des Schuldners nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens.

Wenn der Schuldner nach Eröffnung des VerglVerf. stirbt, so findet ein Übergang des VerglVerf. in ein Nachlaß-VerglVerf. statt (Cahn, Komm. z. VerglO. S. 406). Mit Lucas, S. 179 ff., und Kiesow, 3. Aufl., S. 687 Nr. 51 anzunehmen, daß der Tod des Vergleichsschuldners während des VerglVerf. das letztere unterbricht (§ 239 ZPO.; § 8 VerglO.), ist weder prozessual glatt, da die Unterbrechungsnormen der ZPO. m. E. auf den Rechtsstreit zugeschnitten sind (so auch für das freiwillige Gerichtsverfahren Hamburg v. 25. Jan. 1929: HansGZ. 1929 B 176), noch durch die Vergleichsmaterie selbst gerechtfertigt. Wo nicht die Divergenz zwischen KO. und VerglO. gewollt und ausgesprochen ist, muß man wohl das Tochtergesetz durch das Muttergesetz ergänzen und auslegen. Wie hier: Mayer, Komm. z. VerglO. S. 370 Nr. 38.

XIII. Welche Folgen hat der Eintritt der auflösenden Bedingung? — Der Gläubiger hat die Beweislast. — Welche urkundlichen Beweise gibt es für den Verzug des Schuldners? — Für offenkundige Tatsachen ist ein Beweis unnötig. — Es ist auf die Vollstreckungsklausel zu klagen, wenn die Voraussetzungen des § 726 ZPO. nicht vorliegen.

Das OLG. Stuttgart hat am 22. Mai 1930 auf weitere Beschwerde den Beschl. des LG. Heilbronn v. 22. April 1930 abgeändert: der Antrag der Gläubigerin, ihr die Vollstreckungsklausel auch bezüglich der in dem Vergleich v. 3./8. Mai 1929 bedingt nachgelassenen 30% ihrer Forderung zu erteilen, wird abgelehnt. Das OLG. Stuttgart führte aus: „Das LG. ist mit Recht davon ausgegangen, daß die Gläubigerin zur Vollstreckung aus dem Vergleich bezüglich der be-

dingt nachgelassenen 30% ihrer Forderung der Vollstreckungsklausel für diesen Teil der Forderung bedurfte und daß diese nur auf Anordnung des Gerichts erteilt werden durfte (§ 726 ZPO.; Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., S. 123; Kiesow, VerglO., § 7 IV). Die entgegenstehende Ansicht in Stein-Jonas, ZPO., § 726 II, 2 (vgl. auch Kohler: ArchZivPr. 80, 185) bezieht sich auf Fälle der kassatorischen Klausel, in denen es sich um Bewilligung von Stundung und Ratenzahlungen handelt, bei denen also die ganze Forderung bestehen bleibt und nur Zahlungsmodifikationen von gewissen Bedingungen abhängig gemacht sind.

Im vorliegenden Fall ist die Sachlage anders. Ein Teil der Forderung ist auflösend bedingt erlassen, d. h. die dingliche Wirkung des Erlasses ist eingetreten; die Forderung besteht insoweit nicht mehr. Der Eintritt der auflösenden Bedingung hat zur Folge, daß der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Die vor Eintritt der Bedingung erteilte Vollstreckungsklausel kann sich nicht auf den bei ihrer Erteilung gar nicht bestehenden Teil der Forderung beziehen; sie muß daher beim Eintritt der Bedingung auch für den neu wieder auflebenden Teil der Forderung nach § 726 ZPO. erteilt werden.

Die Beweislast für den Eintritt der Bedingung hat der Gläubiger; dies entspricht den Grundsätzen, die allgemein für die Beweislast im Falle einer auflösenden Bedingung gelten (RGRKomm., BGB., § 158 Anm. 7). Wenn sich Stein-Jonas a. a. O. für seine gegenteilige Ansicht auf §§ 345, 358 BGB. beruft, so kann dies nicht für durchschlagend angesehen werden. Denn dort sind für ganz bestimmte Fälle, die nur unter den Parteien selbst wirken, ausdrückliche Bestimmungen getroffen, deren entsprechende Anwendung auf den Vergleich nach § 7 VerglO. angängig erscheint. Zwar wirkt auch hier die Verfallklausel rechtlich nur zwischen dem nicht rechtzeitig befriedigten Gläubiger und dem Schuldner. Allein der Vergleich ist durch Mehrheitsbeschluß zustande gekommen, an dem dadurch begründeten Rechtsverhältnis nehmen alle Gläubiger teil. Es wäre nicht gerechtfertigt, in diesem Falle mit Hilfe einer ausdehnenden Anwendung von Sondervorschriften für bestimmte anders gelagerte Fälle dem Schuldner die Beweislast für den Nichteintritt der Bedingung aufzulegen. Den Beweis hat der Gläubiger zu führen, im vorliegenden Falle also den Beweis für den Verzug des Schuldners. Hierzu kann ein Pfändungsprotokoll bezüglich der Vergleichsquote, also des nicht erlassenen Teils der Forderung, genügen. Einen solchen Beweis hat die Gläubigerin nicht geführt. Auch ist es zutreffend, daß für offenkundige Tatsachen ein Beweis unnötig ist (Stein-Jonas, ZPO., § 726 V). Dies hat das LG. angenommen, da die nicht rechtzeitige Zahlung unbestritten ist und sich außerdem aus der vom AG. eingeholten Äußerung des Treuhänders ergibt. Allein weder das Geständnis des Schuldners (Stein-Jonas a. a. O.) noch die Äußerung einer dritten Person macht eine Tatsache offenkundig. Es sind also die Voraussetzungen des § 726 ZPO. nicht gegeben, so daß der Gläubigerin nur übrig bliebe, auf die Vollstreckungsklausel zu klagen (Kiesow § 7, IV, 1).

XIV. Die Schranken und die Beschleunigung des gerichtlichen Vergleichs.

Unter der Rubrik: „Die Schranken des Präventivvergleichs" (Festschr. d. Cred.-Ver. 1870, Intern. Kongreß für Gläubigerschutz, Wien 1930) führt Bartsch, Wien, aus: „Je mehr Erfordernisse man für die Verfahrenseröffnung aufstellt, desto mehr wird die Verfahrenseröffnung verzögert. Gerade diese soll aber, wenn die Zahlungsunfähigkeit feststeht, möglichst rasch stattfinden. Dagegen hat die Verlegung in den Antrag oder in das Eröffnungsverfahren den Vorzug, daß nicht Verfahren eröffnet werden, die aussichtslos sind. Wird im eröffneten Verfahren selbst ein Ausgleichshindernis bekannt, dann ist die Einstellung des Verfahrens der Nichtbestätigung des Ausgleichs vorzuziehen, damit nicht Arbeit und Kosten zwecklos aufgewendet werden." —

Ich habe die Wahrnehmung gemacht, daß bei bedeutsamen Vergleichsfällen die Verfahrenseröffnung infolge übermäßiger inquisitorischer und bureaukratischer Nachforschungen sich allzu lange hinzieht, was nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt war (so auch Kiesow, 3. Aufl., S. 252). Damit ist unvereinbar, daß sich die Frage der Entscheidungsreife wochenlang hinzieht... Zuweilen ist der Konkurs das Humanitärere...

Wenn die Gerichte den Mut aufbrächten, einen größeren Prozentsatz von Vergleichsanträgen a limine abzulehnen, würden sie der Wirtschaft einen Dienst erweisen. (Auch die Ängstlichkeit der Handelskammern, die Haage a. a. O. feststellt, hat in der ratio der VerglO. keinen Halt.) Der Anspruch der Gläubiger ist auf die Erlangung einer Quote gerichtet, welche die im Konkurs erzielbare übersteigt...

Die beruhigendste Lösung ist daher vom erfahrungsreifen Ermessen des Gerichts zu erwarten, welches frei von beengenden theoretischen Regeln bleiben muß (so Friedländer, Wien, in der genannten Festschr. S. 92 ff.). —

Trotzdem ich ein alter Freund des Systems der VerglO. bin, habe ich mich im Laufe der verflossenen drei Jahre und neuerdings nach allem, was einerseits die Enqueten der Praktiker, andererseits Wissenschaftler und Organisationsjuristen, zu den Resultaten der AusglO.en ausgesprochen haben, zu dem Gedanken durchgerungen: Lieber weit weniger gerichtliche Vergleiche, wie dieses ungesunde Hangen und Bangen. Die an sich kerngesunde Einrichtung droht profaniert zu werden...

Zur Vollstreckung von auf wiederkehrende Leistungen gerichteten einstweiligen Verfügungen.

Gemäß § 936 ZPO. sind auf die Anordnung EinstwVerf. und das weitere Verfahren die Vorschriften über die Anordnung von Arresten entsprechend anzuwenden, soweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen.

Danach steht insbes. bei der Vollstreckung einer EinstwVerf. die Anwendung des § 929 ZPO. in Frage. Die entsprechende Anwendung des Abs. 1 dieser Bestimmung erfolgt ganz allgemein unbedenklich.

Jedoch schon beim 2. Absatz tauchen Zweifel auf gerade im Hinblick auf solche EinstwVerf., die die Anordnung wiederkehrender Leistungen, beispielsweise die Leistung von Unterhaltsbeiträgen durch den Antragsgegner zum Gegenstand haben. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des Abs. 2, daß nämlich die Vollstreckung unstatthaft sei, wenn seit dem Tage des verkündeten Erlasses der EinstwVerf. oder ihrer Zustellung an den Antragsteller ein Monat verstrichen ist, würde, so erwog man, die Vollstreckung einer auf wiederkehrende Leistungen gerichteten EinstwVerf. hinsichtlich der weiteren künftigen Raten bereits nach Monatsfrist unmöglich machen, und damit dem Sinn und dem Zweck der erlassenen Anordnung widersprechen. Die in Praxis und Rechtslehre herrschende Meinung hat deshalb § 929 Abs. 2 ZPO. hinsichtlich der Vornahme der eigentlichen Vollstreckung bei EinstwVerf. auf wiederkehrende Leistungen für unanwendbar erklärt und sich darauf beschränkt, lediglich die Zustellung derartiger EinstwVerf. an den Schuldner innerhalb der Monatsfrist zu verlangen (vgl. Baumbach § 936 Anm. 2; Stein-Jonas § 938 Anm. IV 1).

Weitere Bedenken haben sich gegen die Anwendbarkeit des § 929 Abs. 3 erhoben. Während aber die Ablehnung der Anwendung des 2. Absatzes die zweckmäßige Durchführbarkeit der Vollstreckung erst für die bezeichnete EinstwVerf. sichert, führt die Ablehnung der Anwendbarkeit des 3. Absatzes zu einer sehr beachtlichen Beeinträchtigung der Vollstreckungsmöglichkeit.

Die Stellungnahme der führenden ZPOKommentare zu der die Anwendbarkeit des § 929 Abs. 3 vielfach ablehnenden Gerichtspraxis ist unentschieden (vgl. Baumbach a. a. O. und Stein-Jonas a. a. O.). Ausgangspunkt für diese Gerichtspraxis bildet anscheinend die Erwägung, daß die auf wiederkehrende Leistungen gerichtete EinstwVerf. bei ihrer Vollstreckung nicht nur zur Regelung eines einstweiligen Zustandes oder zur Sicherung des Gläubigers führen soll, sondern vielmehr, ähnlich wie ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil, die Befriedigung des Antragstellers bezweckt. Aus diesem Grunde wird von den Gerichten oft die Vollstreckung aus den bezeichneten EinstwVerf. nur bei Vorliegen der Voraussetzung des § 750 ZPO. gestattet, m. a. W. Vollstreckungsbeginn also nur nach vorheriger bzw. gleichzeitiger Zustellung der EinstwVerf. Nun muß aber die Vollstreckung der hier interessierenden EinstwVerf. in der großen Mehrzahl der Fälle durch Pfändung von Gehalt, Pension, Lohn und ähnlichen Bezügen des Antragsgegners erfolgen. Bei der Vollstreckung in Forderungen ist jedoch das gleichzeitige Zusammentreffen von Vollstreckungsbeginn mit der Zustellung des Titels deshalb nicht denkbar,

weil schon der Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses Vollstreckungsbeginn ist; hierfür ist das Vollstreckungsgericht zuständig, während die Zustellung des Titels, die bei Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses dem Vollstreckungsgericht nachgewiesen werden muß, durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen hat.

Die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 929 Abs. 3 ZPO. führt hiernach dazu, daß der Vollzug der bezeichneten EinstwVerf. im Wege der Forderungspfändung immer erst nach der Zustellung des Titels vor sich gehen kann. Die in diesem Verfahren liegenden praktischen Unzuträglichkeiten sind ganz offensichtlich. Regelmäßig, insbes. wenn der Antragsgegner nicht am Gerichtsorte selbst wohnt, wird es dem Antragsteller durch die Erwirkung der EinstwVerf. nicht gelingen, den nächstfolgenden Wochenlohn, wohl möglich auch nicht den der darauf folgenden Woche fälligen Wochenlohn zu pfänden. In der gleichen Lage befindet er sich auch bei der Pfändung von monatlich oder in noch längeren Zeiträumen fällig werdenden Bezügen, wenn durch die Fügung der Umstände die Erwirkung der EinstwVerf. erst in der letzten Woche vor dem Fälligkeitstermin der zu pfändenden Bezüge erfolgt. Der Antragsteller, der das im Wege der EinstwVerf. für ihn zu beschaffende Geld doch wohl in den häufigsten Fällen dringend benötigt — man denke nur an die Bestreitung des Unterhalts für die mittellose in Scheidung lebende Ehefrau, für uneheliche Kinder und andere —, muß nun eine Woche oder auch einen Monat oder noch länger warten, bis er das nötige Geld erhält. Diesem Übelstand kann man auch nicht abhelfen durch den Hinweis auf den möglichen Erlaß eines vorläufigen Zahlungsverbotes gem. § 845 (Vorpfändung), denn auch diese Maßnahme verzögert die Auszahlung des gepfändeten Geldes an den Antragsteller in unangenehmer Weise, weil Zustellung der EinstwVerf. und Erlaß und Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses noch nachgeholt werden müssen. Außerdem ist der Notbehelf der Vorpfändung im Hinblick auf die heutigen wirtschaftlichen Verhältnisse höchst unökonomisch. Die Vorpfändung verursacht nämlich Mehrkosten, die dem Antragsgegner, im Falle seiner Leistungsunfähigkeit aber dem Antragsteller bzw. bei Vorhandensein des Armenrechts der Staatskasse zur Last fallen.

Alle diese Gründe sprechen also dafür in entsprechender Anwendung des § 929 Abs. 3 ZPO. bei auf wiederkehrende Leistungen gerichteten EinstwVerf. die Vollstreckung im Wege der Forderungspfändung vor der Zustellung der EinstwVerf. an den Schuldner zuzulassen, wobei selbstverständlich daran festzuhalten ist, daß binnen einer Woche nach Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses die Zustellung der EinstwVerf. an den Schuldner nachgeholt werden muß.

In rechtlicher Beziehung sei ferner noch bemerkt, daß der Hinweis darauf, daß die auf wiederkehrende Leistungen gerichtete EinstwVerf. einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil in etwa gleiche, ein durchschlagendes Argument für die Nichtanwendbarkeit des § 929 Abs. 3 doch eigentlich nicht bilden dürfte. Denn das Wesen der bezeichneten EinstwVerf. mit dem Effekt der Befriedigung an Stelle der regelmäßig nur bezweckten Sicherung des Gläubigers ändert doch nichts daran, daß diese Befriedigung ausnahmsweise nach der im Anschluß an die gesetzlichen Bestimmungen ausgebildeten Rspr. nicht im Wege des ordentlichen Prozeßverfahrens, sondern eben unter Anwendung einer summarischen Verfahrensart gewährt wird, der grundsätzlich von der normalen Vollstreckung abweichende Vollstreckungsmöglichkeiten zu Gebote stehen. Es erscheint deshalb wenig konsequent, eine Entscheidung im summarischen Verfahren zu fällen und dann nachher ihre Vollstreckung doch nur so zu gestatten wie die eines normalen für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteiles: Die Rechtfertigung durch eine willkürliche, nicht logisch notwendige Analogie ist nicht überzeugend.

RA. G. Schaumburg, Bonn.

Analoge Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO.

Eine neue Entsch. des RG. (JW. 1931, 2107 [5]) gibt Anlaß zur grundsätzlichen Überlegung, welche Grenzen dem Anwendungsbereich der Vorschrift in § 717 Abs. 2 ZPO. gezogen sind. Das RG. hat in der (von Weil in einer Anmerkung beifällig aufgenommenen) Entsch. den Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. aberkannt, als der Bekl. Ersatz des Schadens verlangte, der durch den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens entstanden war, obwohl Bekl. behauptete, er habe einen solchen Antrag nur gestellt, um die ihm unmittelbar angedrohte vorläufige Vollstreckung abzuwenden.

In dem zur Entscheidung stehenden Fall hatte der Schuldner weder gezahlt noch in den prozessual vorgeschriebenen Formen zur Abwendung der Vollstreckung hinterlegt. Die Legaltatbestände oder Schulbeispiele des § 717 Abs. 2 ZPO. lagen demnach nicht vor.

Statt dessen hat der Schuldner, da er den hohen Betrag weder überweisen noch hinterlegen konnte, genau dasselbe getan, was in seiner Lage gegenüber einer berechtigten, etwa auf rechtskräftigem Titel beruhenden Vollstreckung angezeigt und im Interesse der anderen Gläubiger unerläßlich war: Er hat ein gerichtliches Vergleichsverfahren eingeleitet und dadurch die Vollstreckung verhindert. Bei Betrachtung des Falles und bei Untersuchung der Rechtslage soll angenommen werden, daß das lediglich aus diesem Grunde geschah, sowie daß die Kausalität für den entstandenen hohen Schaden einwandfrei beweisbar sei. Auch möge unterstellt werden, daß ein nach § 254 BGB. notwendiger Hinweis auf die Konsequenzen erfolgt war.

Wenn bei dieser Sachlage die Ersatzpflicht des vorläufig vollstreckenden Kl. aus § 717 Abs. 2 ZPO. verneint wird, so ist dieses Ergebnis unbefriedigend. Daher muß gefragt werden, ob die Argumente des RG., wonach § 717 Abs. 2 ZPO. als Sondervorschrift der extensiven Interpretation und der analogen Anwendung unzugänglich sei, überzeugend sind, und ob die Rechtslage tatsächlich zu der unbilligen Entsch. zwingt. — Das ist m. E. nicht der Fall.

Da sich der Umfang der Schadensersatzpflicht unstreitig nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften (§§ 249 ff.) richtet, erfaßt er auch die mittelbaren Konsequenzen. Sobald also die formalen Voraussetzungen für den Eintritt der Schadensersatzpflicht erfüllt sind, kann der Anspruch sehr weit gehen. So werden die beiden folgenden Fälle durch § 717 Abs. 2 ZPO. gedeckt: Der Schuldner leiht von dritter Seite den urteilsmäßigen Betrag und verwirklicht die Tatbestandsmerkmale aus § 717 Abs. 2 ZPO., indem er mit diesem geliehenen Geld an den Gläubiger Vorbehaltszahlung leistet oder hinterlegt. Wenn dann der Darlehensgläubiger drängt und den Schuldner zum Konkurs oder Vergleichsverfahren treibt, so muß nach Aufhebung des Vollstreckungstitels der Gläubiger diesen Schaden ersetzen (sofern nicht die außerhalb des Problems liegende Vorschrift aus § 254 BGB. eingreift). Ferner: Der Gläubiger vollstreckt oder Schuldner leistet Zahlung. Ein anderer Gläubiger stellt Konkursantrag, um die Anfechtungsrechte zu erhalten. Der Gläubiger ist nach § 717 Abs. 2 ZPO. ersatzpflichtig.

Diese beiden Beispiele unterscheiden sich von dem der Entsch. zugrunde liegenden Fall — mit dem sie praktisch und wirtschaftlich kongruent sind — lediglich dadurch, daß die Vollstreckung selbst nicht durchgeführt war und daß eine „Leistung“ des Schuldners nicht vorlag. Auf Grund dieser formellen oder besser gesagt: formalistischen Erwägungen hat das RG. die Ersatzpflicht verneint.

Demgegenüber muß für eine weitherzige, notfalls eine analoge Anwendung der Bestimmung plädiert werden. Man wird sich (obwohl spezielle Vorgänge für die hier vertretene Auffassung nicht zu finden waren) dabei sehr wohl auf die 12./13. Aufl. von Stein-Jonas berufen können, wo in Anm. VI zu § 717 ZPO. (im Gegensatz zur früheren Auflage und zu Sydow-Busch, Anm. 4 zu § 717) unter Berufung auf ein Urteil des OLG. Hamm die analoge Anwendung aus grundsätzlichen Erwägungen befürwortet wird. Zwar beschäftigt sich die Stelle speziell nur mit der Ausdehnung auf die durch den Wortlaut des Gesetzes nicht erfaßten Beschlüsse. Sie gibt aber die zutreffende Begründung, § 717 ZPO. sei „keine lediglich durch Zweckmäßigkeitserwägungen veranlaßte, analoger Ausdehnung schlechthin unfähige Regelwidrigkeit, sondern eine auf einem bestimmten gesetzgeberischen Grunde, dem der Gefährdungshaftung, beruhende Sonderregelung“.

Es scheint mir erforderlich und zwanglos möglich, die Ersatzpflicht des § 717 Abs. 2 ZPO. überall dort anzunehmen, wo die vorläufige Vollstreckung für einen Schaden ursächlich geworden ist. Dazu gehört natürlich allemal, daß eine Vollstreckung stattgefunden oder daß sie jedenfalls ernstlich gedroht hat. Ob der Schuldner zur Beseitigung einer bereits erfolgten, seine übrigen Gläubiger benachteiligenden Vollstreckung mit Rücksicht auf § 3 VerglO. einen Vergleichsantrag stellt oder ob er es zur Abwendung einer nahe bevorstehenden Vollstreckung tut, das sollte einen Unterschied gewiß nicht begründen können.

Notwendig ist die analoge Anwendung vor allem unter einem Gesichtspunkt, der allgemein sehr zu Unrecht vernachlässigt wird. Daß die Haftung aus § 717 Abs. 2 ZPO. ein Verschulden nicht voraussetzt — hierauf wird zur Begründung des Sondercharakters in erster Linie verwiesen —, ist praktisch von geringerer Tragweite als die Besonderheit des Umfangs der Ersatzpflicht. Wenn der Schuldner nicht nach § 717 Abs. 2 ZPO. vorgehen kann und wenn nicht ausnahmsweise ein unter § 826 BGB. fallendes Vorgehen anzunehmen ist, dann muß nach § 823 Abs. 1 BGB. die Schädigung am Vermögen und der mittelbare Schaden nicht ersetzt werden. Die außerordentliche Bedeutung des Anspruchs aus § 717 Abs. 2 ZPO. liegt darin, daß diese Beschränkungen dort wegfallen. Dem Schuldner ist ja nicht damit geholfen, wenn ein Verschulden des Gläubigers angenommen wird und ihm demgemäß Ansprüche aus deliktischer Haftung zustehen. Sobald die Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO. versagt wird, steht der dabei in der Regel in Frage kommende Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens (auch bei Verschulden) auf dem Papier.

Es sollte aber auf diese Argumente (so schlüssig sie mir scheinen) gar nicht erst ankommen, wenn die unbefangene Betrachtung des Sachverhalts so eindeutig die angemessene Entscheidung der Frage nahelegt: Wer auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren — später wieder aufgehobenen — Urteils vollstreckt, obwohl er weiß, daß er dadurch die Existenz seines vermeintlichen Schuldners vernichtet, der soll billig den Schaden bezahlen.

Er übernimmt damit ein Risiko, dessen Tragweite ihm zum Bewußtsein zu bringen allerdings nach § 254 Abs. 2 BGB. unerläßliche Pflicht des Schuldners ist. Daß dieses Risiko ungestraft eingegangen werden kann, wenn der Schuldner vor der Vollstreckung Maßnahmen zum Schutz seiner anderen (wirklichen) Gläubiger trifft, während es in Erscheinung tritt, wenn der Schuldner es zunächst einmal auf die Vollstreckung ankommen läßt — das ist ein Resultat, das man wirklich nur hinnehmen sollte, wenn ein unausweichlicher Zwang, eine Nötigung bestände. Dazu liegt aber ein Anlaß nicht vor.

RA. Dr. R. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

Schrifttum.

Dr. jur. h. c. Paul Reinhard, Senatspräsident a. D. in Dresden, unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hans Müller in Dresden: Das Zwangsversteigerungsgesetz, ausführlich erläutert. Dritte und vierte Auflage. Stuttgart 1931. Verlag von W. Kohlhammer. VIII u. 1208 S. Preis 46,90 ℳ.

Die 2. Aufl. dieses hervorragenden Kommentars zum ZwVerstG. ist i. J. 1929 erschienen und war binnen Jahresfrist vergriffen. Die vorliegende neue Doppelauflage ist das Ergebnis einer anderthalbjährigen hingebenden Arbeit der beiden Dresdener Senatspräsidenten und in sieben Lieferungen in der Zeit vom Januar bis August 1931 erschienen. Die seit der 2. Aufl. erlassenen Gesetze, wie z. B. das Ges. über das Erlöschen der Industriebelastung, das AufwSchlG., das GBVereinG., die NotVO. v. 1. Dez. 1930 u. a. m., sind verarbeitet, die neue Literatur, wie insbes. die neuen Auflagen der Kommentare von Jaeckel-Güthe und von Steiner, und die Rspr. sind sorgfältig berücksichtigt worden. Auch sonst zeigt die neue Auflage nicht unerhebliche Verbesserungen. Die Einleitung (S. 1—32) ist durch eine systematische, kurze, aber klare Darstellung des Verlaufs der Zwangsversteigerung (§ 2) und der Zwangsverwaltung (§ 3) erweitert worden. Die Verteilung des Erlöses veranschaulichen drei der Praxis entnommene Beispiele von Teilungsplänen mit Erläuterungen (S. 1095 bis 1114). Das Sachregister ist erheblich ausgebaut und ein Gesetzesregister neu hinzugefügt worden, in dem sämtliche kommentierte Gesetzesbestimmungen übersichtlich zusammengestellt sind; die praktische Benutzbarkeit des Werkes hat dadurch eine beträchtliche Bereicherung erfahren.

Die Kommentierung der einzelnen Paragraphen ist nach bewährten Vorbildern eine systematische. Umfassenderen Erläuterungen ist eine Übersicht vorausgeschickt, die die Orientierung erleichtert. Als Muster der ausgezeichneten Kommentierungskunst der Verf. erwähne ich etwa § 10, wo auf 20 Seiten, und namentlich § 44, wo auf 48 Seiten zu allen auftauchenden Fragen in erschöpfender Weise Stellung genommen ist.

Kaum bedarf der Hervorhebung, daß die Verf. nicht nur das Verfahrensrecht, sondern auch das bürgerliche Recht, das in der Zwangsversteigerung eine besondere Rolle spielt, völlig beherrschen; so wird das Werk zu einer Fundgrube auch für das Verständnis des Sachenrechts, wie z. B. für den Rangrücktritt (Erl. V zu § 44) und den Rangvorbehalt (Erl. VI zu § 44), den Widerspruch (Erl. III) und die Vormerkung (Erl. IV zu § 48) und manches andere. Das Aufwertungsrecht ist überall berücksichtigt, und die Landesrechte sind herangezogen, besonders eingehend die von Preußen, Bayern und Sachsen.

In den zahlreichen schwierigen Fragen des Zwangsversteigerungsrechts wird man den Kommentar nie ohne Belehrung zu Rate ziehen. Unter vollständiger Verwertung des umfangreichen Materials, das die Rechtsprechung und das Schrifttum bieten, ist zu allen Fragen eingehend und durchaus selbständig Stellung genommen. Auch da, wo sich eine „herrschende Meinung“ gebildet hat, werden die Gründe für und wider unvoreingenommen geprüft und oft genug der herrschenden Meinung entgegengetreten. Selbst entlegene Erörterungen in Zeitschriften werden aufgegriffen, und zahlreiche Anfragen haben den Verf. Gelegenheit gegeben, zu neu in der Praxis auftretenden Zweifelsfragen ihre Meinung zu sagen.

So erscheint der Kommentar als ein bewundernswertes Werk, für das wir den Verf. Dank wissen und zu dem wir ebenso ihnen wie der deutschen Rechtswissenschaft Glück wünschen können.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Dr. Wilhelm Ruhl, Amtsgerichtsrat, Kassel: Der Hauskauf in der Zwangsversteigerung. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 4 ℳ.

Der Verf. gibt in seinem kleinen Werke eine Fülle praktischer Anregungen für das Verhalten der Beteiligten vor Einleitung und bei Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens, erläutert in anschaulicher Weise die üblichen Schwierigkeiten, Möglichkeiten und Gefahren und weist in klug abwägender Betrachtung von Fall zu Fall die Wege, die am sichersten zu den erstrebten Zielen führen und am besten den Parteiinteressen dienen können. Das Buch ist somit als ein brauchbarer Führer auf dem etwas unwegsamen Gebiete der Immobiliarzwangsversteigerung anzusprechen. Es geht damit auch in seinem Inhalt über den enggefaßten Rahmen des Buchtitels hinaus. Vielleicht dürften freilich gerade die Sonderverhältnisse, die bei einem Hauskauf in der Zwangsversteigerung gegenüber dem normalen, privatrechtlichen Grundstückskauf obwalten, nicht in der zu erwartenden Weise in den Vordergrund der Betrachtung gerückt worden sein. Dies dürfte insbes. von den Fragen des Steuerrechts gelten, und zwar vor allem von der nur flüchtigen Behandlung der Wertzuwachssteuer. Steuerrechtliche Erwägungen sind es aber mit in erster Linie, die in den letzten Jahren die Grundstücksveräußerung in der Zwangsversteigerung zu einem beliebten, wenn auch nicht immer einwandfreien Rechtsbehelf haben werden lassen. Es wäre begrüßenswert, wenn der Verf. bei einer zweiten Auflage des Buches sein Augenmerk auch auf die schwierigen, aber interessanten Fragen richten würde, die der Grundstücksverkehr mit Hilfe der Eintragung und Abtretung hoher Grundschulden unter Vermeidung des Abschlusses notarieller Kaufverträge, insbes. in Hinblick auf die Wirksamkeit der getroffenen Abmachungen wie die steuerrechtlichen Folgen aufgeworfen hat, ohne in der Literatur und Rechtsprechung hinreichende Beachtung zu finden.

RA. Dr. Adolf Asch, Berlin.

Syndikus A. Ebner: 1. Wegweiser durch die Reichsgesetzgebung. 331 Seiten. Preis 9 ℳ. — 2. Wegweiser durch die preußische Gesetzgebung. 5. Auflage. Nach Stichwörtern in der Buchstabenfolge geordnet. Stand vom 1. Mai 1931. Halle 1931. Sack & Montanus. 230 Seiten. Preis 7 ℳ.

Die Tatsache, daß die vorliegenden Bücher, deren 3. Aufl. JW. 1927, 1244 angezeigt wurde, jetzt bereits in 5. Aufl. vorliegen, spricht dafür, daß die Praxis in ihnen wirklich brauchbare Wegweiser gefunden hat. Stichproben ergaben die Zuverlässigkeit hinsichtlich des verarbeiteten Rechtsquellenmaterials, das bekanntlich in alphabetischer Reihenfolge (ohne Inhaltsangabe wie in dem Schlegelberger-Hocheschen Recht der Neuzeit) angeführt wird. Doch liegt hierfür (soweit es sich um den Inhalt des RGBl. handelt) inzwischen das vortrefflich und wegen seiner systematischen Durcharbeitung für den Juristen wertvollere Generalregister zum RGBl. vor. Daher gewinnt die von Ebner gebotene Anführung des Schrifttums erhöhte Bedeutung. Hier aber klaffen große Lücken: Staudingers nunmehr vollendete 9. Aufl. fehlt, unter der Rubrik, „Internationales Recht“ („Internationales Privatrecht“ fehlt ganz!) wird allein NiemeyersZ. und die Veröffentlichungen des Seminars für intern. Recht in Kiel erwähnt. Die wertvolle neuere Zeitschriften- und Buchliteratur fehlt! Die bedeutendste Monographie zum AbgG. von Rühl fehlt ebenfalls. Diese Beispiele ließen sich mehren. Besonders wertvoll erscheint uns der dem preuß. Recht gewidmete Band: Die reiche Verwertung der VOBlätter enthebt den Benutzer mühsamer eigener Nachforschungen.

D. S.

Inhaltsübersicht zu Band I bis X der Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen. Zusammengestellt von Hofrat Dr. Franz Pupacher. Wien 1931. Staatsdruckerei. 371 Seiten. Preis broschiert 13,84 S (inkl. WUSt.), bzw. 8,50 ℳ, in Halbleinen gebunden 15,38 S (inkl. WUSt.), bzw. 9,40 ℳ.

Dieser Registerband enthält zwei alphabetisch geordnete Register. Das erste gibt die Überschriften der Entscheidungen wieder, seine Schlagworte richten sich meist nach dem Namen des behandelten Gesetzes. Das zweite ist ein kürzeres Stichwortregister. Ferner sind ein Gesetzesquellenregister und chronologische Übersichten beigefügt. Es handelt sich also um eine Zusammenstellung der den einzelnen Bänden beigefügten Verzeichnisse. Darin liegt u. E. der Nachteil gegenüber dem trefflichen Generalregister der deutschen RGEntscheidungen: Ein gutes Register für zehn Bände läßt sich nicht durch Aneinanderfügen von zehn guten Einzelregistern gewinnen (z. B. suchten wir vergeblich das Stichwort Internationales Privatrecht). In deutschen Bibliotheken, die die Einzelbände nicht besitzen, ist der vorliegende Band als Hilfsmittel für den mit Auslandsstudien Befaßten gut geeignet.

D. S.

Rechtsprechung.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

I. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. § 138 BGB. **Eine Vereinbarung, laut welcher ein Unternehmer bei einem Vertragsangebot den ihm für seinen Betrieb angemessen erscheinenden Preis um 20% erhöhen soll, während bei dem Besteller der Glaube erweckt werden soll, es handle sich um einen Preis, den der Unternehmer auf Grund seiner Berechnung für angemessen gehalten habe, ist sittenwidrig und nichtig.**

Die Kl. war die Erbauerin einer Flußbrücke. Die Aufräumungsarbeiten veranlaßte das Wasserbauamt. Um die Übertragung dieser Arbeiten bemühten sich beide Parteien, und zwar die Bekl. sowohl beim Wasserbauamt, dessen einem Beamten sie von andern Arbeiten her bekannt waren, als auch bei der Kl., die als Erbauerin der Brücke für die Aufräumungsarbeiten besonders in Betracht kam. Von den erforderlichen Arbeiten fielen in das engere Arbeitsgebiet der Bekl. die Taucherarbeiten und die Sprengungen, während andere Arbeiten mehr in das Arbeitsgebiet der Kl. und anderer Firmen gehörten. So kam es, daß die Bekl. sich sowohl um die ganze Aufräumung beim Wasserbauamt bewarben als auch mit einem gleichen Angebot an die Kl. herantraten, zumal anfänglich im wesentlichen Arbeiten aus dem Sondergebiet der Bekl. erforderlich erschienen.

Das Bauamt übergab jedoch zunächst weder der Kl. noch der Bekl. zu 1 die Arbeiten, sondern forderte sechs verschiedene Firmen, darunter beide Parteien, zur Abgabe von Angeboten auf. Keines der daraufhin gemachten Gebote wurde jedoch angenommen. Das Bauamt regte vielmehr drei der Firmen, außer den Parteien noch B., an, in Arbeitsgemeinschaft die Aufräumung gemeinsam auszuführen, doch auch diese Verhandlungen verliefen ergebnislos. Die beteiligten Behörden verhandelten nunmehr mit der Bekl. zu 1 allein und übertrugen ihr die gesamten Arbeiten für 166 000 *RM*.

Die Kl. machte einen Anspruch von 20% dieser Summe gegen die Bekl. auf Grund von Vereinbarungen geltend. Sie führte zur Begründung ihrer Klage an, die Parteien hätten vereinbart, daß sie die in das Fachgebiet der Bekl. fallenden Arbeiten der Bekl. übertragen und mit deren Preisen in ihr Angebot aufnehmen sollte, daß sie aber, im Falle sie nicht mit den Aufräumungsarbeiten betraut werden sollte, wenigstens darauf hinwirken sollte, daß sie der Bekl. übertragen würden. Dafür habe sich die Bekl. zur Abführung von 20% der Abrechnungspreise aller ihr übertragenen Arbeiten an die Kl. verpflichtet, falls sie mit Ausführung von Arbeiten, gleichgültig von welcher Seite, betraut würde. Diese Verpflichtung sei aufrechterhalten worden, als die Bekl. ihr letztes Gesamtangebot gemacht habe. Die Bekl. bestritt derartige Abmachungen; sie wollte lediglich mit der Kl. über die pachtweise Überlassung ihres Bauplatzes für einen Preis von 10 000 *M* verhandelt haben.

OLG. und RG. haben abgewiesen.

Das LG. hatte die Behauptung der Bekl., daß es sich bei den Vereinbarungen lediglich um eine Vergütung für Überlassung des Bauplatzes der Kl. an die Bekl. handle, für widerlegt erachtet und angenommen, daß eine Vereinbarung i. S. der Behauptungen der Kl. wenigstens für die zuerst nur in Betracht kommenden Arbeiten zum Preise von 50 000 *RM* zustande gekommen sei. Das OLG. hält derartige Vereinbarungen für sittenwidrig und nichtig. Zu dieser Beurteilung kommt das OLG. im Hinblick auf den Gesamtcharakter des Vertrags, unter Berücksichtigung seines Inhalts und Zwecks. Es führt aus: Die Bekl. hätten bei ihrem Gebot dem von ihnen für sachlich angemessen erachteten Preise versteckt einen Aufschlag von 20% hinzurechnen und diesen als Gewinnbeteiligung ohne jede Gegenleistung der Kl. an diese abführen sollen. Zweck sei nicht gewesen, sich gegenseitig vor unlauteren Unterbietungen zu schützen, sie hätten vielmehr das Bauamt zu einer Entschädigung nötigen wollen, zu deren Gewähren der Besteller in der Regel nicht bereit und die im Verkehr nicht üblich sei. Dem Bauamt sei vorgetäuscht worden, daß sie nichts weiter als die für angemessen erachteten Preise forderten.

An dem Gesamtbilde würde sich nichts ändern, wenn die Preise trotz des Zuschlags angemessen gewesen wären, da maßgebend sei, was die Parteien vereinbart und worauf es die Parteien abgesehen gehabt hätten. Auch wenn die Preise sich in angemessenen Grenzen gehalten hätten, würde daraus allein noch kein Rückschluß darauf zulässig sein, daß der Wille der Parteien darauf gerichtet gewesen sei, trotz des Zuschlags nur die angemessenen Preise zu berechnen. Aus der Behauptung der Kl., daß in dem von der Bekl. geforderten Preise von 50 000 *RM* für sie 20% eingerechnet seien, und daß sie die Bekl. fernmündlich veranlaßt habe, die ursprünglichen Preise, einschließlich der für sie bestimmten 20%, für das Gesamtangebot beizubehalten, sei zu entnehmen, daß zu dem an sich von den Bekl. für angemessen erachteten Preise der Zuschlag von 20% hinzutreten sollte, daß also ein höherer als der angemessene Preis gefordert werden sollte. Diese Annahme könnte dadurch allein, daß die geforderten Preise tatsächlich angemessen gewesen sind, nicht erschüttert werden.

In Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (JW. 1908, 296; 1913, 734; 1914, 976; RGWarn. 20, Nr. 74; Gruch. 60, 484; auch VII 51/07 v. 8. Nov. 1907) hält das OLG. Inhalt und Zweck des Vertrages für entscheidend: Irreführung des Bestellers in der Absicht, einen für unangemessen erachteten Preis zu erzielen. Die von der Rev. hiergegen erhobenen Angriffe gehen fehl. Das OLG. hat die in der Entsch. JW. 1914, 976 hervorgehobene Berechtigung des Unternehmers, ungesunde Unterbietungen im Submissionsverfahren zu verhindern, nicht verkannt, sondern betont ausdrücklich, daß dieser Zweck hier nicht verfolgt worden ist. Die planmäßige Täuschung des Bestellers erblickt das OLG. darin, daß — nach den Behauptungen der Kl., die für die Rev. ungeprüft zu unterstellen sind — die Bekl. dem von ihr für angemessen erachteten Preis einen Zuschlag von 20% hinzufügen sollte unter Geheimhaltung dieser Abmachung. Das OLG. weist dabei besonders darauf hin, daß die Kl. die Bekl. trotz deren Geneigtheit zur Preisherabsetzung fernmündlich veranlaßt haben will, die ursprünglichen Preise, einschließlich der für die Kl. bestimmten 20%, für das letzte Angebot beizubehalten, also für das Gebot, das für eine Tätigkeit der **Beklagten** abgegeben werden sollte, nachdem der Plan der Arbeitsgemeinschaft fallen gelassen war. Eine Tätigkeit der Kl., bei der sie ohne eigenen sonstigen Verdienst arbeiten sollte — wovon die Kl. gelegentlich gesprochen hat —, kam dabei nicht in Frage, vielmehr hätten der Kl. diese 20% ohne jede Gegenleistung, wie das OLG. ausdrücklich feststellt, zufallen sollen. Aus diesem Tatbestand ergab sich, daß die Bekl. dem für ihren Betrieb als angemessen berechneten Preise 20% zusetzen, die ihr angemessen erscheinenden Preise also um 20% überhöhen sollte, während bei der Bestellerin der Glauben erweckt werden sollte, es handle sich um Preise, die die Bekl. auf Grund ihrer Berechnungen für angemessen gehalten hätte. Daher vermißt die Rev. zu Unrecht eine folgerichtige

Feststellung des OLG., daß der Besteller planmäßig getäuscht werden sollte, und ebenso übersieht die Rev., daß auch in der von ihr angezogenen Entsch. JW. 1914, 976 Machenschaften unter Wettbewerbern im Submissionsverfahren, die darauf abzielen, für übermäßig erachtete Preise unter Täuschung des Bestellers zu erlangen, als sittenwidrig bezeichnet werden.

In den Auslassungen der Parteien war schließlich von der Bekl. widerspruchslos darauf hingewiesen worden, daß ein Vergleich der Angebote der sechs Firmen nicht möglich war wegen der verschiedenen Art der vorgeschlagenen Arbeiten. Für die Angemessenheit des Preises und die Übervorteilungsabsichten gegenüber dem Besteller konnten daher diese Angebote nicht zum Vergleich herangezogen werden, ebensowenig war aus der Tatsache etwas zu schließen, daß beide Parteien nicht die Höchstgebote abgegeben hatten. Es ist daher nicht erkennbar, daß das OLG. etwas Wesentliches unbeachtet gelassen hätte.

Der sittenwidrige Charakter der Vereinbarung wird dadurch nicht geändert, daß von dem Submissionsverfahren abgesehen, der Zuschlag auf Grund besonderer Verhandlungen erteilt und daß nicht alle sechs Firmen in die Vereinbarung einbezogen worden sind. Denn die allein aussichtsreichen Bewerber waren von vornherein die Parteien, wie die Kl. schon in der Klage vorgetragen hat. Der in Wahrheit allein ernstlich in Betracht kommende Wettbewerb sollte also und wurde in sittenwidriger Weise eingeengt. Die Wirkungen der Abrede blieben ursächlich für den Entschluß des Bauamts, unter Zugrundelegung der im Wettbewerb geklärten Forderungen der Bekl. ihr die Arbeiten zu übertragen. Das war den Parteien bewußt.

(U. v. 29. April 1931; IX 606/30. — Kiel.) [H.]

2. §§ 254, 823, 828 Abs. 2 BGB.; §§ 898, 901, 1042 RVO.

1. Die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Versicherungsbehörde darüber, ob ein Betriebsunfall vorliege, darf unterbleiben, wenn es ganz ausgeschlossen ist, daß ein entscheidungspflichtiger Unfall vorliegen und § 898 RVO. anwendbar sein könnte.

2. Wer ohne Auftrag in einen Betrieb eingreift, um eine Betriebsstörung zu beseitigen, kann nicht als im Betrieb beschäftigt angesehen werden, wenn sein Eingreifen weder dem mutmaßlichen Willen des Unternehmers entsprach, noch für den Betrieb erforderlich war.

3. Eine Dreschmaschine so einzurichten oder so aufzustellen, daß kein Unbefugter an sie herankommen und auch nicht absichtlich in einen Teil des Getriebes hineingreifen kann, ist wirtschaftlich nicht möglich und kann von den Landwirten nicht verlangt werden.†)

Der 8jährige Kl. wurde in der Scheune des Bekl. dadurch schwer verletzt, daß er mit der rechten Hand in den Elevator einer im Betrieb befindlichen Dreschmaschine hineingriff. Seine Schadensersatzklage wurde in der BerInst. für begründet erklärt. Das RG. hob auf.

1. Die Rev. rügt in erster Linie, das BG. habe zu Unrecht dem Antrage des Bekl. auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Versicherungsbehörde darüber, ob ein Betriebsunfall vorliege, nicht stattgegeben. Da der Kl. nach seiner Behauptung in den Elevator hineingefaßt habe, um feuchtes Korn, das sich darin festgesetzt habe, herauszunehmen und dadurch eine Betriebsstörung zu beseitigen, so habe nach § 901 RVO. die Versicherungsbehörde über die Frage zu entscheiden, ob ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliege, und das ordentliche Gericht müsse sein Verfahren so lange aussetzen, bis die Entscheidung der Versicherungsbehörde ergangen sei. Werde die Frage bejaht, so entfalle nach § 898 RVO. jeder Anspruch des Kl. gegen den Bekl.

Das ordentliche Gericht ist allerdings nach §§ 1042, 901 RVO. an die Entscheidung der Versicherungsbehörde darüber, ob ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt, gebunden und hat das Verfahren auszusetzen, bis diese Entscheidung ergangen ist. Aber die Aussetzung darf unterbleiben, wenn es ganz ausgeschlossen ist, daß ein solcher Unfall vorliegen und § 898 RVO. anwendbar sein könnte (vgl. Schulte-Holthausen, Unfallversicherung Anm. 7 zu § 901 und die dort angeführten Entsch.). So liegt aber hier der Fall. Zwar können nach §§ 1042, 898, 544 RVO. auch Kinder als in dem Betriebe beschäftigte Arbeiter anzusehen sein, sofern es sich bei ihnen um eine ernste Arbeitstätigkeit handelt, und auch während einer vorübergehenden Hilfeleistung kann der die Dienste Leistende als Arbeiter des Betriebes versichert sein. Im vorliegenden Fall aber hat das BG. die Angabe des Kl., er habe eine Betriebsstörung beseitigen wollen, offenbar erfunden angesehen und nur im Zweifel gelassen, ob er aus Nachahmungs- oder Spieltrieb oder aber, um Korn zu entwenden, in den Elevator gegriffen hat. Danach kann von einer Arbeitstätigkeit des Kl. im Betriebe des Bekl. und deshalb auch von einem entschädigungspflichtigen Unfall nicht die Rede sein. Überdies könnte der Kl. auch dann nicht als im Betriebe beschäftigt angesehen werden, wenn er eine Betriebsstörung hätte beseitigen wollen, weil sein Eingreifen weder dem mutmaßlichen Willen des Unternehmers entsprach, noch für den Betrieb erforderlich war (vgl. Schulte-Holthausen, Anm. 23 zu § 544 RVO.). Der Bekl. hat denn auch selbst nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine Entscheidung der Versicherungsbehörde durch den ihm nach § 902 RVO. freistehenden Antrag auf Feststellung der Entschädigung herbeizuführen. Danach durfte die Aussetzung als offenbar zwecklos unterbleiben.

Bei Beantwortung der Frage, inwieweit bei Benutzung einer Dreschmaschine dafür gesorgt werden muß, daß nicht Kinder an die laufende Maschine herankommen und in das Getriebe hineingreifen können, ist zu berücksichtigen, daß Dreschmaschinen nicht längere Zeit in einem Raume oder an einem Platze aufgestellt werden, sondern daß sie zur Benutzung von einer Arbeitsstelle zur anderen gefahren zu werden pflegen und ihren Platz deshalb ständig wechseln. Infolgedessen ist es bei ihnen wirtschaftlich unmög-

Zu 2. I. Bekanntlich erfolgt die Festsetzung der Entschädigung für bei einem Betriebsunfalle verletzten Arbeitnehmer, als welche auch Kinder gelten können, wie das RG. richtig darlegt, im Verfahren nach der RVO. Wird trotzdem bei einem ordentlichen Gericht ein Anspruch auf Schadensersatz aus einem Betriebsunfalle erhoben, so hat das Gericht das Verfahren so lange auszusetzen, bis in dem Verfahren nach der RVO. entschieden ist, ob ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt, und in welchem Umfange etwa eine Entschädigung zu gewähren ist (§§ 901, 1042 RVO.). Diese Voraussetzung des Verfahrens ist von den ordentlichen Gerichten von Amts wegen zu prüfen (vgl. RG. 91, 95). Diese Vorschrift bedeutet also eine wesentliche Einschränkung des Rechtsweges, die aber vielfach in der Praxis der Gerichte noch nicht die erforderliche Beachtung findet. Auch im vorliegenden Falle hatte das LG. offenbar diese Rechtslage nicht berücksichtigt. Ein Schade ist jedoch dadurch nicht entstanden. Denn mit Recht hat sich das RG. wie das OLG. auf den Standpunkt gestellt, daß eine Anwendung des § 901 Abs. 2 RVO. dann nicht in Frage kommt, wenn ein Betriebsunfall ganz ausgeschlossen ist. Die Praxis der Gerichte und Versicherungsbehörden hat diesen Grundsatz als berechtigt anerkannt, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob seiner Anwendung in den der Öffentlichkeit bekanntgewordenen reichsgerichtlichen Urteilen in jedem Falle zugestimmt zu werden vermag. Denn es darf nicht verkannt werden, daß diese Auslegung des § 901 RVO. sich nicht ganz mit den sonstigen in Wissenschaft und Praxis herrschenden Ansichten über die Zulässigkeit des Rechtsweges in andern Fällen ausdrücklicher Zuständigkeitsbestimmung deckt und eine willkürliche Auslegung nicht ausschließt. Der Anwendung des Grundsatzes auf den vorliegenden Fall kann man jedenfalls unbedenklich zustimmen. Das vorliegende Urteil bietet eine interessante praktische Anwendung des erwähnten Grundsatzes auf einen Sonderfall. Wie das RG. danach anerkennt, braucht das ordentliche Gericht die Entsch. der Versicherungsbehörden dann nicht abzuwarten, wenn die Klagetatsachen, die eine Zuständigkeit der Versicherungsbehörden begründen könnten, offenbar erfunden sind. Diese Auffassung entspricht der Rechtswirkung, die Treu und Glauben nicht nur im materiellen, sondern auch im Prozeßrecht zuzubilligen sind.

II. Ebenso ist der vom RG. vertretenen Auslegung des § 828 BGB. zuzustimmen, entgegen der von Staudinger, Anm. 2b d zu § 828 ausgesprochenen Ansicht, daß auch bei zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit ausreichender Einsicht die Berücksichtigung des jugendlichen Alters des Kl. dazu führen kann, das Vorliegen von Fahrlässigkeit zu verneinen.

III. Nicht erörtert hat das RG. die Frage, ob nicht etwa ein mitwirkendes Verschulden des Kl. insofern vorliegt, als sein gesetzlicher Vertreter nicht die genügende Sorgfalt in der Obhut des Kl. hat walten lassen. Grundsätzlich hat zwar das RG. die Möglichkeit

lich, in derselben Weise wie bei Maschinen, die in einer Fabrik oder in einer Werkstatt aufgestellt sind, den Zutritt von Unbefugten, insbes. von Kindern, zu verhindern. Mit Dreschmaschinen in geschlossenen Räumen zu arbeiten, verbietet sich durch die Staubentwicklung, die in einem geschlossenen Raume für die an der Maschine Arbeitenden unerträglich wäre. Dreschmaschinen werden deshalb auch, wenn sie nicht überhaupt im Freien aufgestellt werden, nur bei offenen Scheunentoren in Betrieb gesetzt. Die Tore durch Hindernisse zu sperren, die den Luftzug nicht behindern, ist nicht üblich und auch in aller Regel nicht erforderlich. Denn es ist — bei Vorhandensein der von den Berufsgenossenschaften vorgeschriebenen Sicherungsvorrichtungen — genügende Sicherheit dafür gegeben, daß kein Unbeteiligter mit dem Körper oder mit den Kleidern sich drehende oder sonst bewegte Teile der Maschine unabsichtlich berührt. Eine Dreschmaschine so einzurichten oder so aufzustellen, daß kein Unbefugter an sie herankommen und auch nicht absichtlich in irgendeinen Teil des Getriebes hineingreifen kann, ist wirtschaftlich nicht möglich und kann von den Landwirten nicht verlangt werden. Allerdings erfordert die gebotene Rücksicht auf Leben und Gesundheit der Mitmenschen, daß ein mit der Dreschmaschine arbeitender Landwirt nicht duldet, daß Kinder sich an der Maschine zu schaffen machen oder auch nur in ihre unmittelbare Nähe kommen, und der Landwirt verletzt deshalb die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er solche Kinder nicht forttreibt, sobald er sie bemerkt. Er muß auch, wenn er sich nicht ständig oder doch ohne nennenswerte Unterbrechungen bei der Dreschmaschine selbst aufhält, einen der bei der Maschine beschäftigten Leute anweisen, keine Kinder in ihrer Nähe zu dulden. Aber es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er einen Wachtposten aufstellt, um zu verhindern, daß, wie es hier geschehen ist, ein fremdes Kind auf seinen Hof kommt, in die Scheune eindringt und sich an der Maschine zu schaffen macht. Wird auf einem Hofe gedroschen, so haben der Landwirt und seine Leute alle Hände voll zu tun. Von ihm zu verlangen, daß er zu jenem Zwecke einen Wächter anstelle, hieße der Landwirtschaft neue untragbare Lasten aufbürden.

Der Umstand, daß die Öffnung des Elevators nicht mit dem dazu bestimmten Schieber geschlossen war, kann auch keine andere Beurteilung rechtfertigen. Denn, wie das zu den Akten überreichte Lichtbild, das die Dreschmaschine im Innern der Scheune wiedergibt, erkennen läßt, befindet sich die Stirnwand des Zylinders, in der sich die Öffnung befindet, nicht etwa außen an der Maschine in einer Ebene mit ihrer Seitenwand und ihren Rädern, sondern ein Stück davon entfernt unter dem Dreschkasten. Das Fehlen des Schiebers vor der Öffnung verursachte deshalb nicht die Gefahr, daß durch unabsichtliche Berührung irgend jemand hätte verletzt werden können. Wie durch die Augenscheinseinnahme festgestellt worden ist, befanden sich an der Maschine mehrfach, teils an der Außenseite, teils im Innern, bewegliche Teile, die durch ein Hineingreifen mit der Hand ohne weiteres erreicht werden konnten und hierbei gleichfalls Unfälle wie den vorliegenden verursachen konnten. Gegen Beschädigungen durch absichtliches Hineingreifen in das Innere der Maschine ist hiernach, wie das Augenscheinsprotokoll ausdrücklich feststellt, außer bei der Öffnung des Elevators ein Schutz überhaupt nicht vorgesehen. Da solcher Schutz auch nicht verlangt werden konnte, bedeutete es keine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wenn der Bekl. nicht für einen Verschluß der fraglichen Öffnung, die auch nur durch absichtliches Hineingreifen mit der Hand erreicht werden konnte, sorgte. Überdies ist nicht festgestellt, daß der Kl. davon abgehalten worden wäre, in den Elevator hineinzugreifen, wenn der leicht zurückzuziehende Schieber vorhanden gewesen wäre. Es fehlt daher auch an einer ausreichenden Feststellung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Fehlen des Schiebers und dem Unfall.

Hiernach kann ein ursächliches Verschulden des Bekl. nur dann angenommen werden, wenn er es unterlassen hat, den Kl. fortzuweisen, obwohl er ihn während des Dreschens in oder vor der Scheune gesehen hat, oder wenn er es unterlassen hat, während seiner Abwesenheit einen zuverlässigen Mann aus der Zahl der ständig bei der Dreschmaschine beschäftigten Leute anzuweisen, keine Kinder in der Nähe der Maschine zu dulden, und wenn der so von ihm Beauftragte den Kl. bemerkt und weggewiesen haben würde.

Die Rev. rügt weiter mit Recht die Verneinung eines mitwirkenden Verschuldens des Kl. Bei der Anwendung der Vorschriften des § 828 BGB. schließt es die Anwendbarkeit des § 254 BGB. nicht aus, wenn die Willenskraft des Kl. hinter der des Durchschnitts seiner Altersgenossen zurückgeblieben ist und er deshalb der Verlockung zum Hineingreifen in den Elevator nicht genügenden Widerstand hat entgegensetzen können. Wenn der Kl., wie das BG. nicht leugnet, die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung erforderliche Einsicht besessen hat, so ersetzt das, da es sich um einen Fall fahrlässigen Tuns handelt, für das mitwirkende eigene Verschulden des Kl. den unmittelbaren Nachweis der zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht (vgl. RGRKomm. zu § 828 BGB. Anm. 3 und die dort angeführten RGEntsch.). Denn nach § 828 Abs. 2 ist entscheidend die Einsicht, die befähigt, die Gefahr zu erkennen, während es auf Willensschwäche gegenüber einer Verlockung nicht ankommt. Die Annahme des BG., daß der Kl. nur geringe Willenskraft gehabt habe, rechtfertigt deshalb nicht den Schluß, daß er nicht die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besessen habe. Inwieweit dieser Umstand gegen die Fahrlässigkeit des Kl. spricht, muß der Tatrichter entscheiden.

Im Falle der Bejahung einer Fahrlässigkeit des Bekl. darf bei der nach § 254 BGB. gebotenen Abwägung aller Umstände, zu denen auch das Maß des mitwirkenden Verschuldens des Kl. gehört, nicht dahingestellt bleiben, ob der Kl. in den Elevator hineingefaßt hat, um daraus Korn zu entwenden. Denn in diesem Falle ist das Verschulden ungleich größer gewesen, als wenn er es nur aus Nachahmungs- oder Spieltrieb getan hat.

(U. v. 29. April 1931; 556/30 IX. — Hamm.) [H.]

3. § 817 BGB. **Dem Konkursverwalter, der Rückgabe einer Leistung des Gemeinschuldners als sittenwidrig verlangt, kann der Einwand nicht entgegengesetzt werden, daß auch dem Gemeinschuldner ein Verstoß wider die guten Sitten zur Last falle.†)**

(U. v. 29. Jan. 1931; 295/30 IV. — Berlin.)

Abgedr. JW. 1931, 2093[5].

---

zur Anwendung des § 254 BGB. bei Vorliegen eines Verschuldens des gesetzlichen Vertreters abgelehnt (RGRKomm. Anm. I zu § 254). Die betreffenden Entsch. liegen aber vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung. Durch Art. 120 RVerf. ist nun insofern eine Änderung der Rechtslage eingetreten, als das natürliche Erziehungsrecht der Eltern durch diese Vorschrift zu ihrer „obersten Pflicht" gemacht ist. Die Frage wäre mindestens der Erörterung wert, ob, da öffentliches Recht den Vorrang vor dem bürgerlichen hat und von Amts wegen zu berücksichtigen ist, der Kl. es gegen sich gelten lassen müßte, daß der gesetzliche Vertreter diese öffentliche Pflicht verletzt hat.

Auch widerspricht es dem natürlichen Rechtsempfinden, daß trotz eigenen Verschuldens der Vater als gesetzlicher Vertreter berechtigt sein soll, einen Dritten haftbar zu machen, der erst in einem zweiten Rechtsstreit sich an den mitschuldigen gesetzlichen Vertreter halten kann. Es dürfte durchaus möglich sein, in solchem Handeln des gesetzlichen Vertreters einen Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken. Diese Auffassung würde sich auch rechtspolitisch günstig auswirken, da dadurch ein zweiter Prozeß vermieden und ein Ausgleich zwischen den Schuldigen geschaffen wird.

RegR. Dr. Natz, Hannover.

Zu 3. A. Anm. Prof. Dr. Franz Haymann, ebenda.

B. Die Entsch. des RG. wird von vielen Juristen lebhaft bedauert werden. Unser bedeutendster Rechtslehrer auf dem Gebiete des Konkursrechts Jaeger (Anm. 6 zu § 6 KO.) hat die Entsch. RG. 99, 161 = JW. 1912, 680 eine „schwere Entgleisung" genannt, und sowohl die jetzt diese „Entgleisung" leider bestätigende Entsch., wie auch die Anm. Haymanns können Jaeger nicht widerlegen. Denn alle Begründungsversuche scheitern doch an der einen Erwägung: wie soll es möglich sein, daß ein Anspruch, der nach § 817 Satz 2 BGB. dem Leistenden nicht zusteht, plötzlich existent werden soll, sobald der Leistende in Konkurs verfällt? Wie will man es rechtfertigen, daß die bloße Tatsache des Konkursausbruchs das Vermögen des Gemeinschuldners um ein vielleicht höchst wertvolles Aktivum vermehren soll? Man komme nicht mit anderen Fällen, in

****4. §§ 29, 37 KO.; § 826 BGB. Die konkursmäßige Anfechtung eines Vertrages, durch den die künftigen Einnahmen des Gemeinschuldners abgetreten worden sind, hat sich nicht auf die einzelnen Zahlungen zu beziehen, sondern ergreift den Vertrag mit allen Folgen. Es müssen deshalb bei erfolgreicher Durchführung alle nach Konkurseröffnung entgegengenommenen Zahlungen zur Konkursmasse zurückgewährt werden. Zinsen sind nur zu zahlen, wenn sie als vom Schuldner weggegeben zu gelten haben, oder wenn sie aus unerlaubter Handlung geschuldet werden. Die Anfechtungsklage kann im Konkurs als Feststellungsklage erhoben werden. Die Rechtskraft des Feststellungsurteils begründet die nachprüfbare Verurteilung zur Zahlung der einzelnen Beträge.†)**

(U. v. 5. Juni 1931; 414/30 VII. — Jena.)

Abgedr. JW. 1931, 2110[17].

---

denen die Befugnisse des Konkursverwalters weitergehen als diejenigen des Gemeinschuldners, insbes. mit § 7 KO. und den Anfechtungsrechten des Konkursverwalters: in diesen Fällen gibt das Gesetz aus besonderen Gründen dem Konkursverwalter gewisse im Gesetz ausdrücklich festgelegte weitergehende Befugnisse. Aber im übrigen ist es in der Tat doch eine „Grundregel" des Konkursrechts, daß der Verwalter nicht mehr Rechte für die Masse beanspruchen kann, als dem Gemeinschuldner zustehen (vgl. RG. 111, 155 = JW. 1926, 248), und dieser Grundsatz beansprucht Anerkennung, ganz ohne Rücksicht darauf, wie man sonst theoretisch die Stellung des Konkursverwalters konstruieren mag. Befremdlich ist es allerdings, daß das RG. in der hier besprochenen Entsch. den Satz aufstellt, der Konkursverwalter leite seine Rechte nicht vom Gemeinschuldner ab. Was soll denn der Konkursverwalter anderes verwalten als die Vermögensmasse des Gemeinschuldners? Wenn er — abgesehen von den Anfechtungsansprüchen, die eben einer ausnahmsweisen Regelung unterliegen — Ansprüche erhebt, so können es doch nur solche sein, die dem Gemeinschuldner zustanden! Könnte der Konkursausbruch das Schuldnervermögen vermehren, dann lohnte es sich in der Tat auch für den Gemeinschuldner, Konkurs zu machen. Mit Recht hatte das KG. hervorgehoben, daß durch ein solches Hinzutreten von Forderungen aus § 817 BGB. sich ja unter Umständen ein Überschuß für den Gemeinschuldner selbst ergeben könne und daß dies doch sicherlich dem § 817 Satz 2 BGB. widerspreche. Das RG. sagt, dies liege so weit ab, daß es nicht mitberücksichtigt werden könne, und die Zurückforderung erfolge doch auch dann zugleich im Interesse der Konkursgläubiger. Haymann nimmt diesen — in der Tat recht unbequemen — Einwand nicht so leicht und meint, der Konkursverwalter dürfe die Rückforderung nur insoweit geltend machen, als dies zur Befriedigung rechtswirksamer Konkursforderungen erforderlich sei. Aber damit beschränkt er die Legitimation des Konkursverwalters in einer Weise, wie sie sonst dem Konkursrecht völlig fremd ist und wie sie mit der Rechtsstellung des Konkursverwalters nach außen nicht vereinbar ist.

Das Hauptargument entnimmt das RG. — und dem zollt Haymann lebhaft Beifall — dem Strafcharakter des § 817 Satz 2 BGB. Es führt aus, hier werde dem unsittlich Leistenden zur Strafe ein Rückforderungsanspruch versagt, man könne aber doch nicht dieselbe Strafe über den Konkursverwalter verhängen, der schuldlos sei und lediglich im Interesse der Konkursgläubiger die Rückforderung geltend mache. Aber diese Begründung übersieht, daß das Gesetz die Frage der Rückforderung lediglich darauf abstellt, ob bei der Leistung dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. Es wird also nicht auf die Person des Rückfordernden, sondern nur auf die Person des Leistenden und auf sein Verhalten und seine Zwecke bei Bewirkung der Leistung gesehen. Fiel damals dem Leistenden ein solcher Verstoß zur Last, so „ist die Rückforderung ausgeschlossen". Es kommt also nur auf die Zeit der Leistung und auf den Leistenden, also den Gemeinschuldner, und auf die von ihm verfolgten Zwecke an. Die Person des später zur Verwaltung des Schuldnervermögens berufenen Konkursverwalters scheidet völlig aus. Auch die in RG. 99, 167 = JW. 1928, 1811 zitierten römisch-rechtlichen Quellenstellen ergeben nichts anderes. Der Grundgedanke des § 817 Satz 2 BGB., über dessen legislatorische Berechtigung man durchaus zweifeln kann, ist eben: wenn beide Teile bei dem Geschäft schmutzig handelten, dann gibt es aus diesem „Morast", wie Haymann sagt, keinen Anspruch. Der Richter soll sich mit solchen Ansprüchen aus schmutzigen Geschäften, auch wenn sie aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung erhoben werden, nicht befassen. Dazu steht es in unvereinbarem Gegensatz, wenn der Schmutz wieder aufgewühlt werden müßte und die Ansprüche untersucht werden müßten, sobald einer der Schmutzfinken nachträglich in Konkurs verfällt.

Und die Konkursgläubiger? Sie können doch wahrlich nicht verlangen, daß für sie Ansprüche entstehen, deren Entstehung das Gesetz auf Grund der dem Leistungsgeschäft anhaftenden Mängel von vornherein verboten hat.

So ist die reichsgerichtliche Entsch. nach jeder Richtung hin unhaltbar. Es ist zu hoffen, daß das RG. bei nochmaliger Prüfung zu einem anderen Ergebnis kommt. Die Hoffnung ist wohl nicht ganz unberechtigt, weil doch auch der RGRKomm., Anm. 3 zu § 817 BGB., die Begründung von RG. 99, 161 für „mißlungen" erklärt, weil derselbe 4. ZivSen., der jetzt entschieden hat, in RG. 111, 151 = JW. 1926, 248 doch offenbar noch selbst Bedenken hatte, und weil endlich zu guter Letzt die einfache Rechtslogik doch wohl siegen muß.

Vizepräs. Dr. Matthießen, Kiel.

Zu 4. Ich fasse das aus dem Tatbestand Wesentliche kurz zusammen: Der Schuldner hat nach der Zahlungseinstellung mit der Bekl. einen Vertrag geschlossen, kraft dessen alle künftigen Einkünfte des von dem Schuldner betriebenen Elektrizitätswerks dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderungen abgetreten worden sind. Die Einkünfte jedes Monats sollten spätestens bis zum 8. des folgenden Monats bei der Bekl. eingezahlt werden. Gewisse Beträge sollte der Schuldner zur freien Verfügung zurückerhalten. Nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners hat der Konkursverwalter (der Kl. des gegenwärtigen Prozesses) den erwähnten Vertrag im Klagewege angefochten und ein rechtskräftiges Urteil des Inhalts erzielt, daß der Vertrag gem. § 30 Nr. 2 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sei. In dem gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt der Konkursverwalter die Zurückzahlung aller Beträge, die auf Grund des Vertrages an die Bekl. gelangt sind, nebst Zinsen von 9% von den jeweiligen Zahlungstagen an.

Die Entsch. hängt vor allem davon ab, wie man den Vertrag auslegt. Der 7. ZivSen. des RG. hält ihn nicht für ein bloßes Verpflichtungsgeschäft, sondern für eine Verfügung, kraft deren die künftigen aus dem Betriebe des Elektrizitätswerks erwachsenden Forderungen des Schuldners an die Bekl. abgetreten sind, so daß sie in deren Person, nicht in der des Schuldners entstehen. Der Schuldner sollte gleichwohl die fremden Forderungen im eigenen Namen einziehen und die eingezogenen Beträge an die Bekl. abliefern. Das eingezogene Geld ist nach der Auffassung des Senats (gleichfalls kraft des Vertragswillens der Parteien) nicht Eigentum des Schuldners, sondern das der Bekl. geworden.

Wenn man den Vertrag so auslegt, ergibt sich folgerichtig, daß die Bekl. alle erlangten Beträge zurückgewähren muß. Als anfechtbare Handlung kommt von diesem Standpunkt aus allein die Abtretung in Betracht; durch die Überweisung der vom Schuldner eingezogenen Beträge ist nichts mehr aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben worden, denn diese Beträge gehörten ja bereits der Bekl. Es braucht also nicht für jede einzelne Zahlung nachgeprüft zu werden, ob sie unter den Anfechtungstatbestand fällt. Es ist auch gleichgültig, wann die Beträge an die Bekl. abgeführt worden sind, ob vor oder nach der Konkurseröffnung. Zurückgewährt werden müssen alle abgetretenen ausstehenden Forderungen oder ihr Wert, also mindestens alles, was die Bekl. auf Grund dieser Rechte erlangt hat (§ 37 KO.).

Der Tatbestand des vorliegenden Urteils schließt die Möglichkeit, den Vertrag als unmittelbar wirkende Verfügung aufzufassen, nicht aus. Daß die Bekl. sogleich mit der Einziehung der abgetretenen Forderungen durch den Schuldner Eigentümerin des Geldes werden sollte, ergibt sich aus dem mitgeteilten Vertragsinhalt nicht ohne weiteres, wenngleich auch dafür die rechtliche Möglichkeit bestand. Aber auf eine materiellrechtliche Zweifelsfrage, die trotz alledem offenbleibt, mag hingewiesen sein: ist dasselbe Geld, das der Schuldner eingezogen hat, an die Bekl. abgeführt worden? Denn andernfalls (Vermischung, Austausch oder dgl.) ist mit der Auszahlung doch etwas aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben worden, wenn man nicht mit höchst künstlichen Fiktionen eines auch solche Fälle vorsehenden, den Eigentumserwerb der Bekl. bezweckenden Parteiwillens (z. B. auf dem Wege über § 181 BGB.) dieser Folgerung ausweicht. Das Urteil gibt freilich keinen Anhalt für die Annahme, es sei behauptet worden, daß das eingezogene und ausgezahlte Geld nicht identisch gewesen sei.

Den übrigen Ausführungen des Urteils (über die Frage der Zinsen, der Anfechtungsklage als Feststellungsklage, des Knebelungsvertrages) stimme ich ohne Einschränkung zu.

Prof. Dr. Dölle, Bonn.

II. Zivilprozeßordnung.

****5. § 249 ZPO.; § 7 Nr. 1 und 2 RGewO.; § 4 Nr. 2 PrGewO. von 1845; PrGes. (Abdeckereigerechtigkeit betreffend) v. 31. Mai 1858 (§ 1 Nr. IV 4), v. 17. März 1868 (§§ 2 Nr. 2, 11) und vom 17. Dez. 1872 (§ 1).**

1. **Beginn der Revisionsfrist nach Aussetzung des Verfahrens.**

2. **Haben Regierungspräsident und Landrat, dieser in seiner Eigenschaft als Inhaber der Kreispolizei, durch Erlaß einer unberechtigten Polizeiverordnung nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig einen Schaden zugefügt, so haftet für diesen Schaden neben dem Staat der Kreis auch dann nicht, wenn er einen Teil der schädigenden Maßnahmen verwirklicht hat.**

3. **Die oben angeführten Gesetzesbestimmungen treffen alle nur jederzeit frei widerrufliche Rechte. Ein solches liegt nicht vor, wenn ein Abdeckereiprivileg mit dem Versprechen „alles getreulich und ohne Gefährde" verliehen war.†)**

Die Abdeckerei in N. wurde zuletzt von der Witwe F. betrieben, die sie von ihrem Vater übernommen, zu Lebzeiten ihres Ehemannes durch diesen und nach seinem Tode für sich und ihre Kinder ausgeübt hatte. Der Landrat erhob gegen den Betrieb seuchenpolizeiliche Beanstandungen. Am 3. Okt. 1917 schloß der bekl. Kreis, vertreten durch den Kreisausschuß, mit dem Abdeckereibesitzer S. in No. einen Vertrag über Ablieferung von Tierkadavern an dessen Abdeckerei. Am 6. Okt. 1917 erließ der Landrat mit Zustimmung des Kreisausschusses eine Polizeiverordnung, durch welche die Ablieferung von Tierkadavern an die Abdeckerei in N. untersagt und für das ehemalige Amt H. die Ablieferung an die Abdeckerei des S. angeordnet wurde. Hiervon setzte der Landrat die Witwe F. unter dem 11. Okt. 1917 in Kenntnis mit dem Anheimgeben, falls sie das Abdeckereigewerbe weiter betreiben wolle, einen neuen Antrag auf Genehmigung zur Errichtung einer vorschriftsmäßigen Abdeckerei nach § 16 RGewO. zu stellen. Alles das geschah im Einvernehmen mit dem Regierungspräsidenten und auf dessen Anordnung.

Die Witwe F. erhob nunmehr Klage gegen den Kreis, und zwar zunächst auf Feststellung ihres Abdeckereiprivilegs und der Schadensersatzpflicht des Bekl. Das Privileg leitete sie auf eine Verleihungsurkunde des Grafen Heinrich zu Stolberg vom Sonntag Invokavit 1588 und auf eine ihrem Ehemanne am 15. Sept. 1856 vom Grafen Alfred zu Stolberg erteilte Erneuerungsurkunde zurück und stützte sich außerdem auf den mit ihrem Ehemanne geschlossenen Erbvertrag v. 26. Sept. 1883. Im Laufe des ersten Rechtszuges änderte sie ihre Klageanträge, indem sie in erster Linie Zahlung von 16 250 RM nebst Zinsen als Teilbetrag ihres Schadens begehrte, den Antrag auf Feststellung des Privilegs nur noch hilfsweise stellte und äußerstenfalls einen entsprechenden Grundbucheintrag verlangte.

Das LG. wies die Klage am 18. Okt. 1926 ab. Die Berufung der Kl. wurde am 5. März 1928 zurückgewiesen. Nachträglich stellte sich heraus, daß die Kl. am 24. Dez. 1927 verstorben war. Auf Antrag ihres Anwalts wurde darauf durch Beschluß v. 26. April 1928, noch vor Ablauf der Revisionsfrist, die Aussetzung des Verfahrens angeordnet. Demnächst wurden vom Bekl. die Kinder der Kl. als Erben zur Aufnahme des Verfahrens geladen. Für die inzwischen verstorbene Amalie F. erging die Ladung an ihren Nachlaßpfleger. Durch VersUrt. v. 13. Mai 1929 wurde die Rechtsnachfolge festgestellt. Das VersUrt. wurde allen davon Betroffenen zugestellt mit Ausnahme des Theodor F., der vor der Zustellung verstarb.

Rev. wurde von Fritz F. eingelegt, dem das VersUrt. zugestellt worden war, und der überdies schon vorher durch Erklärung gegenüber den Bekl. auf Einspruch gegen das VersUrt. verzichtet hatte. Er beantragte, nach dem in der BerInst. gestellten Antrage zu erkennen mit der Maßgabe, daß er Zahlung an die Gesamtheit der Miterben begehrte.

Gegen die von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Rev. bestehen keine Bedenken. Fritz F. ist einer der Erben der Kl. Seine Rechtsnachfolge ist durch das VersUrt. des BG. v. 13. Mai 1929 festgestellt, dieses Urteil ist gegen ihn durch seinen Verzicht auf Einspruch rechtskräftig geworden (RG. 105, 354). Damit begann die Revisionsfrist gegen ihn nach der Aussetzung des Verfahrens zu laufen (§ 249 ZPO.). Innerhalb der Frist hat sein Prozeßbevollmächtigter Rev. eingelegt und begründet. Für die Miterben, denen das VersUrt. zugestellt ist (RG. 50, 339), begann die Revisionsfrist mit dem Ablauf der Einspruchsfrist. Gegen Theodor F. ist das VersUrt. nicht rechtskräftig geworden, da er verstorben ist, ohne daß es ihm zugestellt war. Er ist daher nicht Rechtsmittelkläger geworden. Der Beteiligung seiner Erben, soweit sie nicht ohnehin dieselben sein sollten wie seine Geschwister, bedarf es jedoch nicht, da in der RevInst. nur solche Anträge gestellt werden, wie sie jeder Miterbe zugunsten der Erbengemeinschaft stellen kann (§ 2039 BGB.). Der Wert des Streitgegenstandes ist für die RevInst. auf 7000 RM festgesetzt.

In der Sache selbst kann die Rev. insoweit nicht für begründet erachtet werden, als sie den Hauptantrag und den zweiten Hilfsantrag der ursprünglichen Kl. weiter verfolgen will. Ohne Rechtsirrtum hat das BG. angenommen, daß der eingetretene Schaden nur auf Handlungen von Staatsorganen, nämlich des Landrats in seiner Eigenschaft als In-

---

Zu 5. I. Verfahren. Es ist erfreulich, daß trotz des verwickelten Tatbestandes die Rev. nicht an Verfahrenshindernissen gescheitert ist. Gegen das Urteil bestehen insoweit sicher keine Bedenken, aber ein allgemeines Bedenken will ich kurz andeuten. Bisher ist die herrschende Meinung, ein Dogma, ein Axiom, daß alle Formen und Fristen des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen seien, und in vielen Fällen ist das auch, noch in neueren Gesetzen, vorgeschrieben, z. B. § 519 b ZPO. Aber welchem Zwecke dient die Strenge?

1. Der Ehrfurcht vor dem Gesetze? Gesetze um der Gesetze willen, wie der Geßlerhut auf der Stange? Über solche Zeiten sollten wir doch hinaussein.

2. Entlastung der Gerichte und der einzelnen Richter ist nur zu erreichen durch Anstellung genügender Kräfte auf Kosten der Gesamtheit und durch Beseitigung entbehrlicher Formvorschriften im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit der Richter und Anwälte, aber nicht durch Erschwerung der Rechtsverfolgung auf Kosten der einzelnen Partei.

3. Somit bleibt nur die Rücksicht auf den Gegner, der wissen muß, wann er und der Streit zur Ruhe kommen, und dessen Wille neben dem Ermessen des Gerichts zu beachten ist, wenn er selbst seine Rechtsverteidigung nicht für erschwert erklärt.

II. Kreisanstalten und Benutzungszwang. Die preußischen Kreise können Anstalten im öffentlichen Interesse errichten und für deren Benutzung öffentlich-rechtliche Gebühren erheben (§ 4 KrProvAbgG. v. 23. April 1906 i. Verb. m. § 16 ebenda und mit § 90 KommAbgG.). Dies kann auch in der Weise geschehen, daß ein Privatunternehmen zur Kreisanstalt gemacht wird. Dann hat der Unternehmer (Gewerbetreibende) die Verpflichtungen des Kreises zu erfüllen; die Eingesessenen treten aber nicht zu dem Unternehmer, sondern nur zu dem Kreiskommunalverband in rechtliche Beziehungen (§ 19 ÖstlKrO.; § 19 HannKrO. usw.). Ich habe auch kein Bedenken dagegen, daß die Eingesessenen zur Benutzung einer Kreisanstalt, ebenso wie bei einer Gemeindeanstalt, genötigt werden können. Dazu würde aber nach der unzweifelhaften Rspr. gehören:

1. eine Kreissatzung, vermöge deren die Kreisangehörigen einen Rechtsanspruch auf die Benutzung der Anstalt gegen feste, an die Kreiskommunalkasse zu bezahlende öffentlich-rechtliche Gebühren haben,
2. eine PolVO., erlassen von der zuständigen Stelle, wodurch die Kreisangehörigen verpflichtet werden,
3. polizeiliches Bedürfnis (§ 10 II 17 ALR.),
4. endlich aber doch wohl auch, daß nicht eine bestehende gewerbliche Berechtigung verletzt wird (vgl. wegen Nr. 1—3: Friedrichs, Recht der Versorgungsbetriebe S. 61—66 [1928]).

An der Kreissatzung scheint es zu fehlen. Eine solche Satzung kann nicht bedingt erlassen werden. Sie hätte also zwischen dem 3. Okt. 1917 (Abschluß des Vertrages mit dem Abdeckereibesitzer in N.) und dem 6. Okt. 1917 (Erlassung der PolVO.) beschlossen und vom BezAussch. bestätigt sein müssen (§§ 20 Abs. 2, 176 ÖstlKrO.; §§ 20 Abs. 2, 104 HannKrO.). Daß eine Beschlußfassung des Kreistages und des BezAussch. in dieser kurzen Frist stattgefunden habe, ist unwahrscheinlich. Jedenfalls fehlt es an der Feststellung. Eine nicht bestätigte Kreissatzung ist nichtig. Verpflichtung der Kreisangehörigen zur Ablieferung der gefallenen Tiere ohne die Verpflichtung des Kreises zur Abnahme ist nicht möglich. Die PolVO. kann nicht weiter gehen als die Satzung.

Die Polizeiverordnung ist auch in formeller Beziehung bedenklich. Unter Zustimmung des Kreisausschusses kann der Landrat Polizeiverordnungen für den ganzen Umfang des Kreises oder für mehrere Ortspolizeibezirke erlassen (§ 142 LVG.). Nun aber bilden

habers der Kreispolizei (§ 24 KrO. für die Provinz Hannover v. 6. Mai 1884 [GS. 181]; RG. 100, 189 f.) und des Regierungspräsidenten, zurückzuführen und daß der bekl. Kreis dafür nicht verantwortlich ist. Wenn die Rev. meint, der Vertragsschluß des Bekl. mit S. sei ein Teil der Maßnahmen gewesen, durch den in das Recht der Kl. eingegriffen worden sei, und diese Maßnahme sei in bewußtem Zusammenwirken mit dem Landrat getroffen worden, so wäre das nur unter dem Gesichtspunkte der Beihilfe zu einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung von Bedeutung. Von einer solchen kann aber nach dem in den Vorinstanzen vorgetragenen Sachverhalt keine Rede sein, und auch die Rev. nimmt nur fahrlässiges Verschulden an, da sie dem Bekl. vorwirft, er habe nicht genügend geprüft, ob die Rechte der Kl. entgegenständen. Sollten die getroffenen Maßnahmen objektiv unberechtigt gewesen sein und ihnen eine fahrlässige Verkennung des Rechts oder der tatsächlichen Verhältnisse zugrunde gelegen haben, so mag für die schädigenden Maßnahmen der Staatsorgane der Staat, also das Land Preußen, nach Art. 131 RVerf. verantwortlich sein. Die vorbereitenden und unterstützenden Maßnahmen des Bekl., nämlich der Vertragsschluß mit S. und die Zustimmung des Kreisausschusses zum Erlasse der Polizeiverordnung, haben für sich allein die Kl. nicht geschädigt und können den Bekl. auch nicht wegen Beihilfe verantwortlich machen, da diese nicht fahrlässig, sondern nur vorsätzlich begangen werden kann (RG. 65, 160; 99, 94; Planck-Flad, 4. Aufl., S. 1777).

Die Rev. ist insoweit begründet, als sie die Zurückweisung des Feststellungsbegehrens betrifft. Dieser Antrag, der eigentlich den Kern des Rechtsstreits bildet und in der Klage auch an erster Stelle stand, war vom LG. wegen Fehlens eines Interesses an der alsbaldigen Feststellung abgewiesen worden. Das BG. hat das mißbilligt und ohne Rechtsirrtum ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des vom Bekl. bestrittenen Abdeckereiprivilegs und insoweit auch die Passivlegitimation des Bekl. als vorhanden angenommen. Das BG. gelangt aber zur Abweisung auch dieses Teils der Klage, weil nach seiner Meinung das Privileg durch § 1 Nr. 2 PrGes. v. 17. Dez. 1872 (GS. 717) aufgehoben ist, und zwar ohne Entschädigung. Muß es schon auffallen, daß trotzdem das Privileg noch bis z. J. 1917 hat ausgeübt werden können, so erweist sich auch die Ansicht des BG. als rechtlich nicht haltbar.

Das BG. findet die Rechtsgrundlage für das Privileg in der Verleihungsurkunde des Grafen Heinrich zu Stolberg und Königstein vom Sonntag Invokavit 1588. Darin ist beurkundet, daß dem Scharfrichtermeister F. sowie seinen „Erben und Erbnehmern" das Scharfrichteramt im Amte Honstein „erblich verkauft und überlassen" ist; Pflichten und Rechte werden genannt, zu letzteren gehört, daß die Untertanen des Amts gehalten sein sollen, ihr gefallenes Vieh (von) „keinem anderen als demjenigen, welchen er in seiner Wohnung zu Neustadt hat", abdecken zu lassen. Die Urkunde macht den Vorbehalt: „Im Fall von ihm oder seinen Mitbenannten nicht allen Punkten dieses Briefes gemäß gelebt, auch sie sich sonsten gegen Uns oder die Unsern unbilliger Gebühr verhalten würden, daß wir diese Verschreibung zu retraktieren und die Pflege anderen auszutun Macht haben wollen, alles getreulich und ohne Gefährde."

Das hierin verliehene Privileg ist, wie der Inhalt der Verleihungsurkunde klar ergibt und auch vom BG. angenommen wird, durch lästigen Vertrag mit dem Regalherrn, nämlich durch Kauf, begründet. Seine Auslegung durch das BG. ist daher in demselben Umfange wie die von Verträgen überhaupt revisibel, während ein durch Gesetzgebungsakt verliehenes Privileg von räumlich so beschränktem Umfange eine nicht revisible Rechtsnorm bilden würde (§ 549 ZPO.; RG. 94, 36 mit Anführungen). Das Privileg ist nach der nicht revisiblen Annahme des BG. weder durch die hannoversche Gesetzgebung berührt worden noch durch die der staatsrechtlichen Befugnis entbehrende Neuverleihung vom Jahre 1856. Den Inhalt des Privilegs bestimmt das BG. ohne Rechtsirrtum als Zwangs- und Bannrecht (vgl. RG. 67, 225). Ob

---

alle Landgemeinden eines Kreises in der Provinz Hannover zusammen einen einheitlichen Ortspolizeibezirk (§§ 24, 27 HannKrO.). Der Landrat kann also auf Grund § 142 LVG. mit Zustimmung des Kreisausschusses eine PolVO. nur dann erlassen, wenn sie für den ganzen Kreis oder für alle Landgemeinden und wenigstens eine Stadt oder für mehrere Städte gelten soll (KGJ. 44, 411—415; Rosin, PolVORecht S. 239 [1895]; de Maizière: PrVerwBl. 34, 67; Drews, Preuß. PolRecht 1, 92 [1927]; Friedrichs, PolG. S. 223). Nun sagt die VO. v. 20. Sept. 1867 (GS. 1529) in § 5 Abs. 1: „Steht die örtliche Polizeiverwaltung innerhalb eines Bezirks, zu welchem mehrere Gemeinden gehören, einem Beamten (Amtshauptmann, Amtmann usw.) oder einer Behörde zu, so ist dieser Beamte oder diese Behörde befugt, ortspolizeiliche Vorschriften a) für den Umfang einer Gemeinde nach Anhörung des betreffenden Gemeindevorstandes, b) für mehrere Gemeinden oder den ganzen Bezirk aber nach Anhörung der Amtsvertretung (Amtsversammlung usw.) und in deren Ermangelung nach Anhörung der betreffenden Gemeindevorstände — unter der vorstehend gedachten Strafandrohung zu erlassen." Nach § 26 HannKrO. tritt an die Stelle des Amtshauptmanns der Landrat. Welche Bedeutung der § 5 a. a. O. im übrigen nach Einführung der KrO. hat, ist nicht klar. Lassar und Drews meinen, daß Ortspolizeiverordnungen nur für einzelne Landgemeinden erlassen werden können (Lassar bei v. Brauchitsch, Bd. 2 S. 60; Drews, Preuß. PolR. 1, 92). Danach mußten alle Gemeindevorstände des ehemaligen Amtes einzeln gehört, die Anhörung in der PolVO. erwähnt und diese in jeder Gemeinde nach den Vorschriften des RegPräs. Hildesheim bekanntgemacht werden. Ob das geschehen ist, erhellt nicht.

Dazu kommt noch in Frage, ob nicht ein Gegenstand der Landwirtschaftspolizei vorliegt. Viehzucht ist regelmäßig (nicht in allen Fällen: Unterhaltung gekauften Viehs mit gekauftem Futter) Teil der Landwirtschaft. Das Abdeckereiwesen gehört also in das Lebensgebiet der Landwirtschaft, wenn auch das Ziel der gesetzlichen und polizeilichen Regelung neben der Einschränkung von Viehkrankheiten auch die menschliche Gesundheit ist (vgl. Anschütz: PrVerwBl. 18, 407 [links]; Friedrichs, PolG. S. 224; Peters: PrVerwBl. 47, 594; Lassar in v. Brauchitsch, VerwG. 2, 85; insbes. rechnet Peters die Viehseuchenpolizei grundsätzlich zur Landwirtschaftspolizei). Wenn die Frage bejaht würde, so wäre die Zustimmung der einzelnen Gemeindevertretungen neben oder statt der Beratung mit den Gemeindevorständen notwendig gewesen, wenn nicht der Kreisausschuß zuständig war (§ 7 VO. 1867).

Das polizeiliche Interesse, dessen Vorliegen für die Gültigkeit der PolVO. betr. den Benutzungszwang wesentlich ist, kann nicht beurteilt werden ohne das RGes. v. 17. Juni 1911 über die Beseitigung von Tierkadavern (RGBl. 248) und die AusfVO. v. 28. Mai 1912 und v. 5. Mai 1916, welches Gesetz in Verbindung mit dem daraus hergeleiteten Ausdruck „Kadaververwertungsanstalt" im Kriege im Ausland böses Blut gemacht hat, weil das Wort Kadaver fehlerhaft als cadaver ins Englische übersetzt worden ist, was Menschenleiche bedeutet (Muttersprache, Zeitschrift des Deutschen Sprachvereins, 1917, 188; 1919, 50, 126; 1925, 364, 365). Nach dem Gesetz sind ... Kadaver ... unschädlich zu beseitigen. Ein polizeiliches Interesse ist also sicher gegeben, wenn es sich ergibt, daß die unschädliche Beseitigung nur in wohleingerichteten und beaufsichtigten Anstalten möglich oder gesichert ist, und bisher keine Anstalt bestanden hat; aber nicht, wenn eine Anstalt besteht, die zwar zu seuchenpolizeilichen Beanstandungen Anlaß gegeben, aber anscheinend dem Bedürfnis noch nach Inkrafttreten des Kadaververwertungsgesetzes im allgemeinen genügt hat, namentlich wenn berücksichtigt wird, daß auch die neue Anstalt nicht von öffentlichen Beamten, sondern von einem Gewerbeunternehmer betrieben wird, und auf die Dauer nicht mehr gewährleisten kann als die alte; ferner daß der Weg nach Nordhausen nicht ganz unerheblich ist, so daß, abgesehen von den Beförderungskosten, dem beförderten Abdeckereigut alles mögliche begegnen kann, und daß die neue Abdeckerei nicht im Kreise Ilfeld liegt und nicht der Aufsicht des Landrats untersteht.

Wegen der Gewerbeberechtigung bestimmt das Tierkadavergesetz, daß dem Landesrechte vorbehalten bleibe, das Abdeckereiwesen einschließlich des Betriebes der Anlagen ... in Abweichung von der GewO. zu regeln. In Preußen sind seit 1911 keine neuen Gesetze gegeben worden, und unmittelbare Befugnisse und Zuständigkeiten hat das RGes. den preuß. Verwaltungsbehörden nicht gegeben. Die Beurteilung der Frage durch das vorl. Urteil ist also richtig und erschöpfend.

Wenn das OLG. festgestellt hätte, daß die PolVO. auf Grund der HannKrO. gültig sei, so wäre das RG. daran gebunden, aber eine solche Feststellung ist nicht getroffen, und daher hatte das RG. zu prüfen, ob die PolVO. nicht mit Vorschriften revisiblen Rechtes unverträglich sei.

III. Schadensersatz. Der Anspruch auf Schadensersatz wird vom RG. als Anspruch aus unerlaubter Handlung behandelt. Verantwortlich ist jedenfalls der Landrat. Die Zustimmung des RegPräs. und selbst seine Anweisung sind unerheblich. Gemeinsame PolVO. des RegPräs. und des Landrats sind nach preuß. Recht nicht möglich. Die Gehorsamspflicht des Landrats beruht auf § 1 Abs. 2 PolG. 1850,

es ein persönliches Recht ist, wie das BG. annimmt, oder ein mit einem Grundstück verbundenes Recht, kann hier dahingestellt bleiben. Den Begriff des „Erbnehmers“ legt das BG. in weitem Sinne aus und versteht darunter jeden, der befugterweise das Recht von dem Erblasser übernommen hat. Diese Auslegung ist unbedenklich (vgl. das Urt. v. 26. Jan. 1900: RG. 45, 267 in seinem nicht abgedruckten Teile und die Entsch. des PrOVG.: GewArch. 12, 223; 15, 16). Nach dieser Auslegung und den tatsächlichen Feststellungen des BG. war die Kl. nach ihrem Vater Inhaberin des Rechts, so daß dahingestellt bleiben kann, ob ihr außerdem noch die vom BG. angef. gesetzl. Vermutungen zur Seite standen.

Das Recht soll nun aber, wie das BG. annimmt, zu denjenigen Zwangs- und Bannrechten gehören, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig ist, und soll darum durch § 1 Nr. 2 PrGes. betr. die Aufhebung und Ablösung der auf den Betrieb des Abdeckereigewerbes bezüglichen Berechtigungen v. 17. Dez. 1872 (GS. 717) aufgehoben sein. Die gesetzliche Aufhebung von Zwangs- und Bannrechten, deren Aufhebung nach dem Inhalt der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig ist, findet sich schon in § 4 Nr. 2 PrGewO. v. 17. Jan. 1845 (GS. 41), doch waren die Abdeckereigerechtigkeiten davon ausgenommen (§ 8). Auf diese wurde die Bestimmung durch § 1 Nr. IV 4 PrGes. betr. die Regulierung des Abdeckereiwesens v. 31. Mai 1858 (GS. 333) ausgedehnt. Die gleiche Bestimmung kehrte in dem PrGes. betr. die Ablösung gewerblicher Berechtigungen in den neu erworbenen Landesteilen vom 17. März 1868 (GS. 249) wieder, doch waren auch hierbei die Abdeckereigerechtigkeiten wiederum ausgenommen (§§ 2 Nr. 2, 11). Sodann hob § 1 PrGes. v. 17. Dez. 1872, „soweit es nicht schon geschehen“, auch für das Abdeckereigewerbe unter anderem die Zwangs- und Bannrechte auf, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungsurkunden ohne Entschädigung zulässig war. Endlich hob auch die RGewO. in § 7 Nr. 3 solche Zwangs- und Bannrechte vom 1. Jan. 1873 ab auf. Die Annahme des BG., daß § 7 RGewO. für die Abdeckereien keine Bedeutung habe, trifft nur für die Nr. 2 des § 7 zu, nicht aber für die hier in Betracht kommende Nr. 3 (vgl. Landmann-Rohmer, 7. Aufl., § 7 Anm. 4). Die Bestimmung deckt sich also für die Abdeckereien mit der des letztgenannten PrGes., dessen Inkrafttreten ursprünglich für einen früheren Zeitpunkt in Aussicht genommen war (AbgH. 1871/72 Anlagen Bd. 3 S. 1561), sich aber dann doch bis nach dem 1. Jan. 1873 verschob. Maßgebend ist daher, wenn eine von diesen Bestimmungen anzuwenden ist, die vom 1. Jan. 1873 ab in Kraft getretene der RGewO. Indessen kommt darauf nichts an, da anzunehmen ist, daß die genannte Bestimmung in allen fünf Gesetzen denselben Sinn hat haben sollen. Aus den Motiven zum Ges. von 1868 (AbgH. 1867/68 Anlagen Bd. 1 S. 436, 439) ergibt sich, daß dabei an jederzeit widerrufliche Rechte gedacht ist, durch deren Wegfall eben wegen ihrer freien Widerruflichkeit kein berechtigtes Interesse verletzt werden kann. Ähnlich bemerkt die Begründung zu § 7 RGewO. (Reichstagsverhandlungen 1869 Bd. 3 S. 110), daß bei den Zwangs- und Bannrechten, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig sei, der Aufhebung kein Recht entgegenstehe und ebensowenig vorauszusetzen sei, daß dadurch eine erhebliche Schädigung der Interessen herbeigeführt werde. Der Gedanke aller dieser gleichlautenden Bestimmungen war der: Der Gesetzgeber setzt sich an die Stelle dessen, der das Recht widerruflich verliehen hat und übt dessen Befugnis aus, das Recht ohne Entschädigung aufzuheben.

Nun erkennt das BG. selbst an, daß sich der Graf zu Stolberg bei der Verleihung des Privilegs, wie das bei einem käuflich überlassenen Recht kaum anders geschehen konnte, die Befugnis zum Widerruf nicht uneingeschränkt vorbehalten hat, sondern nur für den in der Verleihungsurkunde näher umschriebenen Fall der Pflichtverletzung des Inhabers. Eine solche ist nicht festgestellt, nicht einmal be-

---

BO. 1867, befreit aber nicht von der Verpflichtung, selbst für die Handlungen einzutreten. Die Gehorsamspflicht beschränkt sich übrigens auf die Verpflichtung, der zuständigen Behörde den Entwurf einer PolVO. zur Zustimmung oder Äußerung vorzulegen. Wenn die notwendige Zustimmung versagt wird, so hört die Einwirkung des RegPräs. auf. Auch wenn der Landrat sich an eine unzuständige Zustimmungsbehörde (Kreisausschuß statt der Gemeindevorstände) wendet, so trifft die Verantwortung nach außen nur ihn.

Eine unerlaubte Amtshandlung würde vorliegen, wenn die PolVO. ungültig wäre, aber zur Folge hätte, daß die Bevölkerung ihr im guten Glauben an ihre Gültigkeit gehorchte. Der Schadensersatzanspruch setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit des handelnden Beamten voraus. Dies würde im vorl. Fall in der Person des Landrats nicht festzustellen sein, weil selbst die Gerichte bei nachträglicher Prüfung auf die gemachten Fehler nicht aufmerksam geworden sind. Abwendung des Schadens durch Gebrauch eines Rechtsmittels ist gegenüber einer PolVO. nicht möglich.

Käme man aber zu der Meinung, daß die PolVO. gültig wäre, was das RG. anzunehmen scheint, so könnte wohl kaum eine unerlaubte Handlung vorliegen. Aber dann wäre zu fragen, ob nicht dem geschädigten Abdeckereibesitzer ein Schadensersatzanspruch aus gerechtfertigter Amtshandlung zustände. Ich kann aus dem Urteil nicht ersehen, ob die Klage so gefaßt war, daß das RG. diese Frage hätte prüfen müssen; aber es handelt sich doch wohl um Anwendung des Rechts auf den feststehenden Tatbestand. Es würde sich dann um einen Schadensersatz aus § 75 Einl. z. ALR. handeln, der zwar für Hannover nicht ausdrücklich erlassen ist, aber auch hier unbedenklich angewandt wird (RG. 72, 88 = JW. 1909, 743; 122, 302 = JW. 1929, 1138; ältere Belege bei Friedrichs, PolG. S. 48). Schuldner des Anspruchs aus § 75 Einl. z. ALR. ist nicht ausschließlich der Staat, sondern der, welchem die Aufopferung zugute kommt (RG. 105, 331; 122, 302 = JW. 1929, 1138; 126, 356 = JW. 1930, 821[20]; RG.: JW. 1911, 413[41], ältere Belege bei Friedrichs, PolG. S. 55 Nr. 18). Wenn also ein Anspruch aus § 75 Einl. z. ALR. gegeben wäre, so wäre der Kreiskommunalverband der Schuldner, weil es sich um Entziehung eines Rechts zugunsten einer Kreisanstalt handelt. Daß die Kreisanstalt im öffentlichen Interesse betrieben werden soll, ändert nichts. Es sind immerhin örtliche und nicht allgemeine Landesinteressen. Die Sache liegt ähnlich wie nach § 7 SchlachthausG. v. 18. März 1868 (GS. 277), wo sogar Schadensersatz für die Entziehung von Vorteilen gewährt wird, denen kein subjektives öffentliches Recht zugrunde liegt.

IV. Feststellungsklage. Die Feststellungsklage wird vom RG. dem § 256 ZPO. unterstellt. Das ist m. E. verfehlt. Es gibt zwei Arten der Feststellungsklagen, die prozessuale, die in § 256 ZPO. unter besonderen Voraussetzungen an Stelle der eigentlich gegebenen Leistungsklage zugelassen wird, und die materielle, bei der die Feststellung nicht an die Stelle der Leistung tritt, sondern den Inhalt des Anspruches ausmacht (zu unterscheiden von der materiellrechtlichen Feststellungsklage im Sinne Stein-Jonas, ZPO., Vorbem. II 2 vor § 253). Reine materielle Feststellungen werden selbst in der ZPO. behandelt in §§ 606, 640, auch in KO. § 146, wo das RG. außer der materiellen Feststellungsklage auch die prozessuale Klage auf alsbaldige Feststellung zuläßt (RG. 116, 372 = JW. 1927, 1751). Solche sind auch vorgesehen § 262 StPO., §§ 127, 159, 161 FGG. (vgl. Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege S. 308).

Materielle verwaltungsrechtliche Feststellungsklagen kommen mehrfach vor, und zwar sowohl vor Verwaltungsgerichten (§§ 9, 26 ZustG. und entsprechende Vorschriften der Gemeindeverfassungsgesetze, z. B. § 4 östl., schl.-holst. LGemO.; §§ 11 Abs. 2, 18 Abs. 2, 28 Abs. 2, 34 Abs. 2, 46 Abs. 3, 5, 47 Abs. 3, 56 Abs. 5 ZustG.; § 24 Abs. 2 JagdO. v. 15. Juli 1907; § 29 Ziff. 4 FischereiG. v. 11. Mai 1916; § 130 Ziff. 1 WassG.; § 70 Abs. 3 KommAbgG.; § 11 Abs. 2 WegereinigungsG. v. 1. Juli 1912) als auch vor den ordentlichen Gerichten. Insbes. gibt es eine Klage auf Feststellung einer Realgewerbeberechtigung. Diese ist vom RG. anfangs zugelassen (RG. 15, 142), dann für unzulässig erklärt (RG.: PrVerwBl. 28, 841) und endlich wieder zugelassen worden (RG. v. 6. März 1909: RG. 70, 371; JW. 1909, 229[27]). Diese Klage wegen der Realschankgerechtigkeit ist auf Feststellung zu richten, Bekl. ist der Staat (nicht der Fiskus) zu Händen des RegPräs., der als Behörde auftritt, wie der StA. in Ehe- und Entmündigungssachen. Bei den materiellen Feststellungsklagen vor den Verwaltungsgerichten braucht weder ein rechtliches Interesse überhaupt noch ein besonderes Interesse an der alsbaldigen Feststellung nachgewiesen zu werden (OVG. 54, 296, 301; 73, 335; 76, 351; 78, 351; OVG. v. 17. Mai 1920: PrVerwBl. 43, 31 = JW. 1922, 1234[3]; OVG. v. 18. Dez. 1928: ZBlUntVerw. v. 5. Aug. 1929 = „Schulrecht“ v. 17. Aug. 1929). Und dasselbe nehme ich an für die materiellen Feststellungsklagen vor den ordentlichen Gerichten, weil gar nicht „alsbaldige“, sondern endgültige Feststellung verlangt wird (anders Stein-Jonas, ZPO., Vorbem. III, 4 vor § 606). Im vorliegenden Falle ist die Klage eine materielle Feststellungsklage, denn es ist nicht abzusehen, welcher Leistungsanspruch etwa dahinterstehen sollte, zumal da die Klage auf Schadensersatz abgewiesen ist und eine Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht in Aussicht steht und jedenfalls unbegründet wäre. Die Klage ist der auf Feststellung einer Realschankgerechtigkeit nicht nur sehr ähnlich, sondern genau dasselbe. Passiv legitimiert war also

hauptet. Das Verhalten der Kl., das ihr vom Bekl. vorgeworfen worden ist, kann für die Frage, ob das Recht vom 1. Jan. 1873 ab gesetzlich aufgehoben ist, nicht in Betracht kommen. Hätte der Graf zu Stolberg das Recht ohne jene Voraussetzung widerrufen, so hätte er offenbares Unrecht begangen und sich an sein Versprechen: „alles getreulich und ohne Gefährde" nicht gehalten. Das Unrecht wäre nicht dadurch zum Recht geworden, daß es in jenen Zeiten, wie das BG. meint, an einer Instanz gefehlt hätte, die berufen gewesen wäre, die Gründe des Widerrufs nachzuprüfen und die Willkür als solche festzustellen. Hat aber der Gesetzgeber in neuerer Zeit die Widerrufsbefugnis des Verleihers an dessen Stelle ausüben wollen, so hat es ihm doch sicherlich ferngelegen, an seiner Stelle ein Unrecht zu begehen. Danach beruht die Annahme des BG., es handle sich hier um ein Zwangs- und Bannrecht, dessen Aufhebung nach dem Inhalt der Verleihungsurkunde ohne Entschädigung zulässig sei, auf Rechtsirrtum; sie verletzt ebenso den § 7 Nr. 3 RGewO. wie den § 1 Nr. 2 PrGes. v. 17. Dez. 1872. Vielmehr ist das Zwangs- und Bannrecht, da die Verpflichtung den Bewohnern eines Distrikts vermöge ihres Wohnsitzes obliegt, nach § 8 Nr. 1 RGewO. und § 2 PrGes. ablösbar (vgl. PrOVG. 47, 343). Daß es aber nach diesen Vorschriften abgelöst worden sei, ist vom Bekl. nicht behauptet worden. Also besteht es noch. Auch PrOVG. 35, 338 hat ein Abdeckereiprivileg, und zwar anscheinend ebenfalls ein Zwangs- und Bannrecht, als fortbestehend behandelt, dessen Verleiher sich vorbehalten hatte, es zu widerrufen, „sofern die übernommenen Pflichten nicht erfüllt werden sollten".

(U. v. 3. Juli 1930; 394/29 VI. — Naumburg.) [H.]

6. §§ 514, 717 ZPO.

1. *Hat der Bekl., nachdem ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gegen ihn vollstreckt war, Berufung eingelegt, in der Berufungsverhandlung aber unter Bestreitung der Richtigkeit des Urteils erklärt, auf Rückgängigmachung des durch die Vollstreckung geschaffenen Zustandes zu verzichten, so bleibt die Berufung zwar zulässig, aber sie ist als sachlich unbegründet zurückzuweisen.*

2. *Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 717 Abs. 2 ZPO. kann noch in der RevInst. geltend gemacht werden.*

Kl. hatten den Bekl. eine Schankwirtschaft verpachtet. Mit Rücksicht darauf, daß die Schnapskonzession fehlte, wurde bis zu deren erwarteter Erteilung der Pachtzins vorläufig herabgesetzt. Als aber die Erteilung auch späterhin nicht erfolgte, zahlten die Bekl. schließlich gar nichts. Die Kl. erhoben deshalb Räumungsklage. Dieser wurde stattgegeben, und das Urteil wurde für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Bekl. legten Berufung ein. Bevor es jedoch zur Verhandlung über diese kam, vollstreckten die Kl. das Urteil. In der Berufungsverhandlung bestritten die Bekl. die Richtigkeit des angefochtenen Urteils und ihre Räumungspflicht nach wie vor, sie erklärten jedoch, auf Wiedereinsetzung ausdrücklich und endgültig zu verzichten. Hierdurch sei — so trugen sie vor — der Rechtsstreit erledigt, und die Kl. müßten die Kosten tragen; hilfsweise sei die Klage abzuweisen. Das BG. wies die Klage ab und legte den Kl. die gesamten Kosten des Rechtsstreits auf. Das RG. hob auf.

Das BG. hat angenommen, daß die Bekl. zwar mit Recht zur Räumung verurteilt worden seien; aber dadurch, daß sie gegenüber der erfolgten Räumung auf eine Wiedereinweisung sofort vorbehaltlos und endgültig verzichtet hätten, seien die Kl. klaglos gestellt worden; diese hätten daher den Rechtsstreit nicht fortsetzen und in der Berufungsverhandlung auch keinen Sachantrag stellen dürfen; sie hätten vielmehr mit der Erklärung, die Hauptsache sei erledigt, einen Kostenantrag stellen sollen. Deshalb, und da die Befriedigung der Kl. *während* des Rechtsstreites eingetreten sei, sei einerseits die Klage abzuweisen und andererseits die Kostenlast den Kl. aufzubürden.

Nach beiden Richtungen bekämpft die Rev. diese Entscheidung als rechtsirrig.

Sie behauptet, die Berufung der Bekl. sei durch ihre Erklärung, auf Wiedereinweisung zu verzichten, gegenstandslos und somit unzulässig geworden. Daß eine derartige Erklärung eine solche Rechtsfolge haben kann, mag unterstellt werden; als notwendig und gar als ein Rechtsmittelverzicht i. S. des § 514 ZPO. war sie aber hier um so weniger anzuerkennen, als Vollziehung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils erfolgt war und die Bekl. demgemäß im Hinblick auf § 717 ZPO. ein rechtliches Interesse daran haben konnten, das vorläufig vollstreckbare und bereits vollzogene Urteil zu beseitigen, auch wenn die Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht erstrebt wurde. Dieses Interesse war bei der Prüfung ihrer prozessualen Stellungnahme notwendig zu berücksichtigen und nicht etwa, weil ein solcher Anspruch nicht schon erhoben war, unbeachtlich, denn jener Anspruch konnte, solange der Rechtsstreit dauerte, erhoben werden, sogar noch in der RevInst. Das BG. war daher nicht genötigt, das Rechtsmittel der Bekl. als unzulässig anzusehen.

Entsprechendes gilt auch gegenüber der weiteren Anführung der Rev., daß die Berufung, wenn auch nicht un-

---

der RegPräs., allenfalls der Landrat als Staatsbehörde, aber keinenfalls der Kreiskommunalverband vertreten durch den Kreisausschuß. Das OLG. wird also genötigt, im zweiten Rechtsgange vergebliche Arbeit zu machen, denn das zwischen den Erben und dem Kreiskommunalverband ergehende Urteil erlangt keine Rechtskraft gegenüber der Staatsregierung. Nur wenn anzunehmen wäre, daß ein noch nicht rechtskräftig abgewiesener Schadensersatzanspruch gegen den Kreiskommunalverband (aus rechtmäßiger Amtshandlung) bestände, würde das zu erlassende Urteil des BG. praktische Bedeutung haben.

V. *Auslegung der Urkunde von 1588.* Die Zulässigkeit der Auslegung der Verleihungsurkunde vom Sonntag Invokavit 1588 stützt das RG. darauf, daß das Privileg durch lästigen Vertrag mit dem Regalherrn, nämlich durch Kauf, begründet sei. Die Auslegung sei daher revisibel wie die von Verträgen überhaupt, im Gegensatz zu den durch Gesetzgebungsakten verliehenen Privilegien. Auch hier kann ich mich der Auffassung des RG. nicht anschließen. Der Bann (Verbot des Gewerbebetriebes) und der Zwang (Gebot der Benutzung) sind Befehle an die Untertanen und Rechtssätze i. S. § 12 EGZPO. Der Zwang hängt von dem Dasein einer Anstalt ab, aber nicht davon, für wessen Rechnung die Anstalt betrieben wird; der Bann als reines Verbot hängt nicht einmal von dem Dasein der Anstalt ab. Im Gegensatz dazu ist die Verleihung der subjektiven Zwangs- und Bannberechtigung an einen bestimmten Unternehmer ein privatrechtlicher oder Verwaltungsakt, einerlei ob Kauf oder Gnadenerweisung zugrunde liegt. Die Unterscheidung liegt dann nicht klar auf der Hand, wenn das Zwangsrecht gerade zugunsten eines begnadigten Unternehmers neugeschaffen wird, aber der Unterschied besteht auch in diesem Fall, denn wenn das Recht von dem Unternehmer auf den Landesherrn zurückfällt, so werden die Untertanen dadurch nicht von ihren Zwangs- und Bannpflichten frei, und wenn die Zwangs- oder Bannpflichten aufgehoben werden, so wird der Unternehmer dadurch allein nicht gehindert, seinen Betrieb als gewerblichen festzusetzen. Freilich ist der (Orts-) Gesetzgeber insofern gebunden, als er nur dann das objektive Recht ändern und die Untertanen von dieser Zwangspflicht befreien kann, wenn der Unternehmer entschädigt wird oder das freie Widerrufsrecht vorbehalten ist. Aber das ist auch unter der heutigen Rechtsordnung nicht wesentlich anders: es wäre denkbar, daß der Abdeckereiunternehmer in N. gegen den Kreiskommunalverband Ilfeld einen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Vertrage v. 3. Okt. 1917 hätte, wenn die PolVO. des Landrats v. 6. Okt. 1917 zurückgenommen oder für ungültig erklärt würde.

Aus dem Tatbestand der vorl. Entsch. ist nicht mit Sicherheit zu sehen, ob die Zwangs- und Bannpflicht der Untertanen durch die Urkunde 1588 neu begründet ist oder ob sie etwa schon längst bestanden hat und unberührt geblieben ist. Im letzteren Falle wäre kein Grund vorhanden, die Urkunde 1588 als Rechtssatz zu betrachten.

Ein ähnliches Verhältnis zwischen Rechtssatz und Rechtsgeschäft gibt es auch auf anderen Gebieten, z. B. dem der Verkehrsabgaben. Die Festsetzung des Tarifs und die Anwendbarerklärung auf einzelne Straßen, Fähren oder Brücken ist Rechtssatz; die Verleihung (Verpachtung) des Heberechts (jetzt etwa auf den eigenen Brücken des Staats) ist sicher Rechtsgeschäft. Auch hier macht es einen Unterschied, ob der Erheber aus der Pacht entsetzt oder der Tarif zugunsten der Verkehrenden ganz oder teilweise außer Anwendung oder herabgesetzt wird. Wenn ein Streit über die Auslegung der Pachturkunde entsteht, so wird dadurch die Abgabepflicht der Verkehrenden nicht berührt.

Auch im vorl. Falle handelt es sich nicht darum, die Eingesessenen im Interesse der Gewerbefreiheit von der Zwangspflicht zu befreien, denn diese soll bestehenbleiben und nur auf eine andere Rechtsgrundlage gestellt und nach Art und Ort der Erfüllung geändert werden. Es handelt sich also um den Umfang der subjektiven Berechtigung der Kläger. Diese hat zum Inhalt die Ausnutzung der durch Rechtssatz begründeten Vorteile, beruht aber nicht selbst auf Rechtssatz. JR. *Karl Friedrichs*, Ilmenau.

zulässig, so doch erledigt gewesen sei; eine dem Klageanspruch völlig gerecht werdende Leistung der Bekl. lag, wie ausgeführt, weder bei Einlegung ihrer Berufung noch bei der Entscheidung über diese vor.

War somit auf die Berufung der Bekl. sachlich einzugehen, so war auch der Anspruch der Kl., dieses Rechtsmittel zurückzuweisen, nicht schon an sich zu beanstanden, vielmehr sachlich zu prüfen. Hierbei war auch zu berücksichtigen, daß nicht etwa die Bekl. die Kl. klaglos gestellt, sondern daß letztere befugtermaßen auf Grund vollstreckbaren im gegenwärtigen Rechtsstreit ergangenen Urteils den jetzigen Sachverhalt geschaffen haben, dem sich die Bekl. auch keineswegs schlechthin unterwerfen wollen. Hieraus ergibt sich, daß die Abweisung der Klage ungerechtfertigt gewesen ist.

Zu dieser Entscheidung ist, wie das angefochtene Urteil (S. 8) erkennen läßt, das BG. deshalb gekommen, weil es davon ausging, die Kl. hätten „bei ihrem Klagebegehren beharrt“, während es als maßgebend hätte ansehen sollen, daß die Bekl. den Klageanspruch nach wie vor bestritten, ihre Berufung weitergeführt und nicht der geänderten Sachlage, wie sie durch die Urteilsvollstreckung und ihre eigene Erklärung geschaffen worden war, Rechnung getragen haben. Nicht die Abwehr der Kl. gegen die Berufung der Bekl., sondern gerade deren Beharren bei diesem Rechtsmittel und dessen Weiterführung trotz der veränderten Rechtslage war ungerechtfertigt. Angesichts des Umstandes, daß durch die Vollstreckung des nur vorläufig vollstreckbaren landgerichtlichen Urteils lediglich ein Zwischenzustand geschaffen, nicht aber vollwertige Erfüllung erfolgt war (RG. 63, 331, 332; 98, 329), durfte es den Kl. mit Rücksicht auf das vorliegende Verhalten der Bekl. nicht verwehrt werden, von einem Erledigungsantrage abzusehen und einen Sachantrag zu stellen, der ihnen das Klageziel vollwertig sicherte und sie vor Ansprüchen der Bekl. aus § 717 ZPO. schützte. Mit diesen hatte sie angesichts der Stellungnahme der Bekl., welche materielle Bedeutung deren Verzichtserklärung auch beigemessen werden möchte, zu rechnen, ebenso das BG.

Hieraus ergibt sich, daß im vorliegenden, besonders gearteten Falle die Abweisung der Klage nicht gerechtfertigt gewesen, vielmehr die Berufung der Bekl. gegen das im ersten Rechtszuge ergangene, der Klage stattgebende Urteil unbegründet gewesen ist, vollends ihre Weiterführung wie geschehen trotz durchgeführter Zwangsvollstreckung.

(U. v. 1. Dez. 1930; 401/30 VIII. — Köln.) [H.]
<= RG. 130, 394.>

7. §§ 519, 547, 567 ZPO. **Beschlüsse der Oberlandesgerichte, die die Berufung für zulässig erklären oder einem Gesuche um Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungsfrist stattgeben, sind mit der Beschwerde nicht anfechtbar.** †)

(Beschl. v. 16. April 1931; VIII B 11/31. — Braunschweig.) [H.]

Abgedr. JW. 1931, 1759 [6].

Zu 7. Die Entsch. ist zutreffend: Wenn das Gericht dem Antrage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgibt, so findet dagegen ein Rechtsmittel nur statt, wenn die Entsch. im Endurteil ergeht, das mit Berufung oder Rev. anfechtbar ist. Dagegen ist ein Beschluß, der die Wiedereinsetzung anordnet, unanfechtbar. Dies gilt sowohl, wenn der Beschl. vom LG. als BG. erlassen wird, als auch, wenn das OLG. als BG. ihn erläßt: Beschlüsse des LG. sind regelmäßig nur anfechtbar, wenn durch sie ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist, hier aber ist dem Gesuch um Wiedereinsetzung stattgegeben. Beschlüsse der OLG. sind grundsätzlich nicht anfechtbar mit der Beschwerde, ausgenommen sind lediglich Beschlüsse, durch die die Berufung als unzulässig verworfen ist, nicht dagegen auch solche Beschlüsse, die durch Gewährung der Wiedereinsetzung eine unzulässige Berufung nachträglich wieder zulässig machen.

Das RG. läßt dahingestellt, ob die gewährte Wiedereinsetzung das BG. bindet und ob sie nicht vielleicht zusammen mit dem Endurteil durch Rev. gegen dieses angefochten werden kann. Während § 318 ZPO. bestimmt, daß das Gericht an die Entsch., welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurteilen enthalten ist, gebunden sei, fehlt eine entsprechende Bestimmung für die Beschlüsse des Gerichts. § 329 Abs. 2 ordnet vielmehr nur die entsprechende Anwendung einzelner der für Urteile gegebenen Vorschriften an, unter denen sich § 318 nicht findet. Gleichwohl besteht Einigkeit darüber, daß diese Aufzählung nicht erschöpfend ist, daß vielmehr auch andere Vorschriften, die in erster Linie für Urteile gegeben sind, auch auf Beschlüsse Anwendung finden müssen. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 318 — Bindung des Gerichts an seine Entsch. — herrschen hier mancherlei Zweifel. Nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ist das Gericht an solche Beschlüsse gebunden, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind (§ 577 Abs. 3). Im übrigen ist jeder Beschluß frei abänderlich, solange er nicht in einer Weise wirksam geworden ist, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, ohne daß die Partei, zu deren Gunsten der Beschluß ergangen ist, geschädigt wird. Von der Frage, ob das Gericht selbst seinen Beschluß ändern kann, ist zu unterscheiden die andere, ob der innerhalb des Verfahrens ergangene Beschluß zugleich mit dem später ergangenen Endurteil angefochten werden kann. §§ 512 und 548 ZPO. bestimmen, daß auch diejenigen Entsch. der Beurteilung des Rechtsmittelgerichts unterliegen, welche dem Endurteil vorausgegangen sind. Beide setzen aber ausdrücklich zu, daß dies nicht gelte für solche Beschlüsse, die nach den Vorschriften der Prozeßordnung unanfechtbar sind, § 512 bei der Berufung auch für solche, die mit der Beschwerde anfechtbar sind. Die vom RG. unentschieden gelassene Frage ist daher dahin zu beantworten, daß auch für das BG. der Beschluß, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anordnete, bindend ist, denn er hat die Folgen der Fristversäumung geheilt, die Berufung nachträglich zulässig gemacht, daß ferner die Entsch. auch nicht zusammen mit dem Endurteil nach § 548 ZPO. angefochten werden kann, denn die Gewährung der Wiedereinsetzung ist unanfechtbar, wenigstens, wenn sie durch Beschluß geschehen ist.

RA. Theodor Sonnen, Berlin.

8. §§ 538, 1025 ff. ZPO. **§ 538 ZPO. ist zwingendes Recht. Die Zurückverweisung in die erste Instanz kann weder durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden noch unterliegt sie der Vorschrift des § 295 Abs. 1 ZPO. Verpflichtung des BG., die sämtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen. Begriff „unparteiische Schiedsbehörde“.** †)

Die Verfahrensrüge, daß der § 538 ZPO. verletzt sei, ist begründet. § 538 Abs. 1 enthält die zwingende Vorschrift, daß das BG. die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen hat, ... 2. wenn durch das angefochtene Urt. nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist. Die in Abs. 1 vorgesehene Ausnahme: „insofern eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist“, trifft, nach der Auslegung, die das RG. in ständiger Rspr. diesen Worten gegeben hat, im vorliegenden Fall nicht zu. Danach ist die Zurückverweisung nur dann entbehrlich, wenn das BG. trotz Beschränkung auf den von dem LG. schon abgeurteilten Prozeßstoff in der Lage ist, durch seine Entsch. den ganzen Rechtsstreit zu beenden. Es genügt also nicht, daß die Sache aus einem anderen Rechtsgrunde spruchreif ist, sondern von der Zurückverweisung kann lediglich dann abgesehen werden, wenn die Entsch. der zweiten Instanz über die in Nr. 1—5 des § 538 bezeichneten Streitpunkte den Rechtsstreit vollständig erledigt (RG. 12, 377; 61, 411; 97, 214; RG.: JW. 1902, 93 [17]; die Entsch. RG. 123, 195 [1]) besagt für den vorliegenden Fall nichts Gegenteiliges). Diese Vorschriften sind zwingendes Recht, die Zurückverweisung nach § 538 ZPO. muß von Amts wegen ausgesprochen werden, sie kann weder durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden, noch unterliegt sie der Vorschrift des § 295 Abs. 1 ZPO. (RG. 22, 393; RG.: JW. 1892, 271 [11] und 1902, 93 [17]). Da der BerR. gegen diese Rechtsgrundsätze verstoßen hat, so unterliegt das BU. schon aus diesem Grunde der Aufhebung, und hieran vermöchte es nichts zu ändern, wenn

Zu 8. I. Im vorl. Rechtsstreit eines kassenärztlichen Vereines gegen die Ortskrankenkasse hat das LG. das Vorbringen der Bekl., gemäß dem Arztvertrage habe der „Ausschuß für ärztliche Angelegenheiten“ als Schiedsstelle über die hier vorliegenden Streitigkeiten zu entscheiden, als Einrede des Schiedsvertrages (§ 274 Nr. 3) angesehen und deshalb die Klage abgewiesen. Das BG. hat dagegen die Klage aus einem materiell-rechtlichen Grunde, nämlich der Nichtigkeit des kassenärztlichen Gesamtvertrages, abgewiesen. Mit Recht legt das RG. dar, daß hier ein Verstoß gegen § 538 ZPO. vorliege. Nach dieser zwingenden Vorschrift hätte das BG., das die Einrede des Schiedsvertrages nicht als gegeben ansah — ob ein bloßes Übersehen vorliegt oder ob das BG. die Wirksamkeit der Schiedsklausel wegen Nichtigkeit des Gesamtvertrages leugnen wollte (vgl. dazu neuestens Kisch: Judicium 1931,

[1]) JW. 1929, 637.

tatsächlich der Kl., wie der Prozeßbevollmächtigte der Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. vorgetragen hat, durch seine Stellungnahme in der BerInst. zu erkennen gegeben hätte, daß er auf eine Entsch. über die prozeßhindernde Einrede keinen Wert mehr lege. Hierzu kommt aber noch folgendes: Die Bekl. hatte im ersten Rechtszug nicht nur die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags, sondern auch diejenige der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.) geltend gemacht. Mit dieser Einrede haben sich die beiden Vorinstanzen überhaupt nicht befaßt, sie wäre jedoch nach § 538 letzter Absatz ZPO., wonach im Falle der Nr. 2 das BG. die sämtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen hat, von dem BerR. gleichfalls zu bescheiden gewesen. Nach ständiger Rspr. ist übrigens die Zulässigkeit des Rechtswegs von Amts wegen in jedem Rechtszug zu prüfen, es bedurfte daher nicht einmal der Erhebung der dahingehenden prozeßhindernden Einrede, sondern es genügte der Einwand der Bekl., daß die ordentlichen Gerichte nicht zur Entsch. über die geltend gemachten Ansprüche berufen seien, um diese Prüfung der Vorinstanzen zu veranlassen.

Im übrigen wird folgendes zu beachten sein: Die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags nach § 274 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. hat zur Voraussetzung, daß ein schiedsrichterliches Verfahren i. S. der §§ 1025 ff. ZPO. mit Schiedsspruch gemäß §§ 1039 ff. in Frage kommt. Es ist weiter zu prüfen, ob der Ausschuß für ärztliche Angelegenheiten i. S. des § 5 Abs. 1 des Arztvertrags, der sich aus je drei Vertretern der Prozeßparteien zusammensetzt, eine unparteiische Schiedsbehörde darstellt (vgl. Richter-Sonnenberg, Die kassenärztl. Rechtsverh., 2. Aufl., S. 105 ff. und § 20 Abs. 2 der von dem Reichsausschuß auf Grund des § 368e RVO. erlassenen Vertragsrichtlinien a. a. O. S. 218).

(U. v. 5. Mai 1931; 258/30 III. — Celle.) [Sch.]

**9. §§ 7, 75 VerglO.; §§ 766, 767 ZPO.

1. Die Einwendung gegen einen vollstreckbaren Titel, daß er durch einen Vergleich im Vergleichsverfahren aufgezehrt sei, stellt eine solche aus § 767 ZPO. dar.

2. Ein Schuldtitel wird durch einen solchen Vergleich nicht aufgezehrt, er besteht neben demjenigen aus dem Vergleich weiter.

3. Aus obigem § 7 ist nicht herzuleiten, daß im Falle des Verzuges nur der Erlaß, nicht aber auch die Stundung der Forderung in Wegfall komme.†)

(U. v. 16. März 1931; 545/30 VIII. — Breslau.) <= RG. 132, 113.>

Abgedr. JW. 1931, 2118[25].

---

53 ff.), geht aus dem RGUrt. nicht hervor — die Sache zurückverweisen müssen. Die nicht ganz klare Vorschrift des § 538, die Zurückweisung habe nur zu erfolgen, soweit eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist, betrifft nicht jeden Fall, in dem die Sache aus irgendeinem Grunde spruchreif ist; vielmehr muß das BG. „trotz Beschränkung auf den ... schon abgeurteilten Prozeßstoff in der Lage sein, durch seine Entsch. den ganzen Rechtsstreit zu beenden". Andernfalls würde der Erfolg eintreten, gegen den sich § 538 gerade wendet, nämlich daß der Partei eine Instanz entginge (über den Sinn des § 538 vgl. namentlich Rosenberg, Lehrbuch 3 S. 491). Diese Rechtsfolgen sind zwingend, auch für ein Ermessen des Gerichts ist kein Raum (im Gegensatz zu dem Fall des § 539 ZPO. und dem [allerdings nur teilweise vergleichbaren] § 496 ÖstZPO.).

II. Der zweite Fehler des BG. liegt in einem klaren Verstoß gegen § 538 Abs. 2 ZPO. Daß das BG. es trotz der ausdrücklichen Einrede im vorliegenden Falle versäumte, die von Amts wegen zu erörternde Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges zu erörtern, obwohl schon § 368m RVO. hier allen Anlaß dazu bot, ist wieder einmal eine deutliche Mahnung zur Verbesserung der oberlandesgerichtlichen Rspr. durch Vergrößerung des oft überlasteten Dreimännerkollegimus. Prof. Dr. Rühl, Mannheim.

Zu 9. A. Anm. Lucas, ebenda.

B. Anm. Münzel, ebenda.

C. Ich habe in ZZP. 1931, 381 ff. ausführlicher dargelegt, daß m. E. auch im Falle des Konkurses der erwirkte vollstreckbare Titel durch die Feststellung des Anspruchs zur Konkurstabelle nicht aufgezehrt, auch nicht berührt wird, sondern daß beide Titel sehr wohl nebeneinander bestehen können. Die dort zugrunde gelegten Erwägungen scheinen mir auch für das Vergleichsverfahren ausschlaggebend zu sein. Es erscheinen nur kurze Ergänzungen wünschenswert.

Münzels Herleitung der entgegengesetzten Ansicht aus § 70 VerglO. kann nicht als stichhaltig anerkannt werden. Die Erklärung des Gesetzes, daß eine Zwangsvollstreckung, die innerhalb der letzten dreißig Tage vor der KO. erfolgte, in Wegfall komme, kann doch nicht dahin umgedeutet werden, daß die erwirkten Titel, abgesehen von den vor mehr als dreißig Tagen vorgenommenen Vollstreckungen die Vollstreckbarkeit verlieren, also zu einem für das rechtliche Leben untauglichen Gebilde verkümmern sollten. Im Gegenteil, man wird sagen müssen: da das Gesetz ausdrücklich nur den Vollstreckungsmaßnahmen in der letzten Zeit vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens den rechtlichen Bestand aberkennt, läßt es im übrigen unberührt, was der Gläubiger sonst vor dem Vergleichsverfahren gegen den Schuldner unternahm. Die weiteren Ausführungen Münzels sind im wesentlichen nicht Auslegung des erlassenen Gesetzes, sondern Gründe für eine künftige Bestimmung, wie er sie für richtig hält, wie sie aber im Gesetze nicht getroffen ist. Dabei übersieht er in weitem Umfange, daß, solange der Schuldner den Vergleich erfüllt, er durch die mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machenden Einrede der Stundung geschützt ist und daß der Gläubiger, der trotzdem vollstreckt, dem Schuldner wegen Nichterfüllung der Stundungszusage schadensersatzpflichtig sein kann. Auch der Gläubiger, der gegen oder nicht für den Vergleich stimmte, ist durch dessen Annahme durch die Gesamtgläubigerschaft und seine gerichtliche Bestätigung vertragsgleich auch an Einhaltung der vereinbarten Stundung gebunden und haftet also bei Zuwiderhandlung aus Vertragsverletzung für allen dem Schuldner zugegangenen Schaden, so daß die Versuchung, leichtfertig zu vollstrecken, ohne daß dafür die Voraussetzungen sicher gegeben sind, nicht so sehr groß sein dürfte. Münzel ist anscheinend allerdings so folgerichtig, auch dem Besitzer eines vollstreckbaren Titels, dessen Forderung im Vergleichstermin nicht anerkannt wurde, dessen Benutzung zu untersagen (wohl auch eines rechtskräftigen Titels, gegen den z. B. nachträgliche Tilgung durch Aufrechnung eingewendet wird). Denn diese Behinderung soll ja nicht, wie das RG. für den Konkurs annahm, deshalb eintreten, weil der Gläubiger nunmehr auf Grund eines anderen neueren Titels vollstrecken kann, sondern weil er in der Vergangenheit in einer Sperrfrist vor dem Vergleichsverfahren nicht wirksam vollstrecken konnte. Diese Sperrfrist soll doch nur sichern, daß eine wirklich gleichheitliche Behandlung des Gläubigers im Vergleichsverfahren möglich ist. Denn ließe man Vollstreckung bis zu der Eröffnung des Vergleichsverfahrens ohne eine solche nachträglich wirkende Vernichtungsklausel zu, so wäre der Erfolg jeder nach § 16 Ziff. 4 VerglO. erforderlichen Vorbereitung eines Vergleichsantrags, daß ein allgemeiner Run der Gläubiger auf die Habe des Schuldners, ein allgemeiner Versuch im Zwangswege zuzugreifen, unvermeidlich eintreten würde. Daß man die Vollstreckungen behindernde Wirkung statt auf den Zeitpunkt des Beginns dieser Vorbereitung um den festen Zeitraum von dreißig Tagen zurückdatierte, ist unerheblich: der Gedanke des § 70, wie des § 3 ist ein Burgfriede zur Durchführung des Vergleichsverfahrens. Daraus folgt aber, daß der Burgfriede, d. h. die Untauglichkeit erwirkter Titel zum Vergleichsverfahren, sich auf das Vergleichsverfahren beschränkt — worauf übrigens § 3 Abs. 3 ausdrücklich hinweist. Was für diese an sich schlechter gestellten Gläubiger, die in § 3 Abs. 3 gemeint sind, gilt, nämlich, daß sie nur für das Vergleichsverfahren (und den Konkurs) beschränkt sind und nach dessen Abschluß also volle Handlungsfreiheit wieder gewinnen, muß für die begünstigteren Gläubiger, nämlich die am Vergleichsverfahren beteiligten erst recht gelten.

Mit Recht weist in seiner Anm. A Lucas — in Übereinstimmung mit Kiesow — für den Fall eines Konkurses die Berufung auf § 145 Abs. 2 KO. und die dort angeordnete Rechtskraftwirkung als für die zu entscheidende Frage unerheblich zurück. Denn diese Bestimmung sagt doch nur, daß alle Konkursgläubiger die einmal erfolgte Feststellung gelten lassen, also die Forderung in dem festgestellten Maße an der Befriedigung teilnehmen lassen müssen. Der Wortlaut ordnet durch die Bezugnahme auf das Verhältnis zu den Konkursgläubigern diese Wirkung gerade für den Konkurs und nur für dessen Dauer an. Nach seinem Abschluß gibt es keine „Konkursgläubiger" mehr und steht auch der einzelne Gläubiger nicht mehr ohne weiteres in rechtlichen Beziehungen zu den anderen Gläubigern des Schuldners.

Zu den Ausführungen von Diester S. 2088a ist zu bemerken, daß, da nach seiner Ansicht nur die Entstehung des zweiten Titels dem ersten die Vollstreckungskraft nehmen soll, der frühere Titel bei solchen Forderungen unberührt bleibt, welche im Vergleichstermin nicht anerkannt wurden. Es ergäbe sich also die sinnwidrige Folge, daß die Gläubiger nicht anerkannter Forderungen besser gestellt wären, als die Gläubiger der anerkannten Forderungen, da sie ohne weiteres auf Grund des alten Titels vollstrecken könnten, während die Gläubiger anerkannter Forderungen zu dem

III. Anfechtungsgesetz.

10. §§ 3, 7 AnfG. **Ob eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist nach dem Werte der anfechtbar veräußerten Sache zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Anfechtungsprozeß, nicht nach dem Tage der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung zu entscheiden. Ist der Wert infolge von Verwendungen des Anfechtungsgegners gestiegen, so hat dieser doch nur Anspruch auf Vorwegbefriedigung aus dem Versteigerungserlös wegen seiner Verwendungen, nicht aber auf die ganze Wertsteigerung.** †)

(U. v. 2. Juni 1931; 478/30 VII. — Düsseldorf.)

Abgedr. JW. 1931, 2101[9].

---

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Prof. Dr. Alsberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

11. §§ 49a, 157 Nr. 1 StGB. **Haben zwei Personen in den gegen sie anhängigen Zivilprozessen auf Grund vorheriger Verabredung wechselseitig Meineide zugunsten des anderen geleistet, so wird in der Verabredung dazu regelmäßig der Tatbestand des § 49a StGB. und für den Meineid selbst der Strafermäßigungsgrund des § 157 Nr. 1 StGB. gegeben sein.** †)

Das SchwG. hat seiner Überzeugung dahin Ausdruck gegeben, daß der BeschwF. und der rechtskräftig abgeurteilte frühere Mitangeklagte Sch. sich mit Hilfe gegenseitiger unrichtiger eidlicher Aussagen ihrer Restforderungen (in den gegen sie anhängigen Prozessen) entledigen wollten. Das SchwG. hat also angenommen, daß der BeschwF. und Sch. sich zu gegenseitiger Meineidshilfe verbunden, sich miteinander zur Ableistung der wechselseitigen Meineide verabredet hatten. Das drängte aber die Annahme auf, daß der Beschwerdeführer sich dem Mitangeklagten gegenüber entweder zur Leistung des Meineides *erboten*, oder daß er eine entsprechende *Aufforderung* des Mitangeklagten *angenommen* hatte (und daß er ferner den Mitangeklagten zu dem von *diesem* zu leistenden Meineide entweder *aufgefordert*, oder daß er ein entsprechendes *Erbieten* des Mitangeklagten angenommen hatte). Das Auffordern oder Erbieten oder die Annahme eines solchen würde auch an die *Gewährung von Vorteilen* geknüpft gewesen sein; sie bestanden in der Bereitwilligkeit des Mitangeklagten, dem Beschwerdeführer in dem gegen *ihn* anhängigen Rechtsstreit durch Leistung eines Meineides zu einem obsiegenden Urteil zu verhelfen. Bei dieser Sachlage aber hätte sich der BeschwF. eines Vergehens gegen § 49a StGB. schuldig gemacht, und es hätte der Prüfung bedurft, ob die Angabe der Wahrheit bei seiner zeugeneidlichen Vernehmung gegen ihn eine Strafverfolgung wegen dieses Vergehens i. S. des § 157 Ziff. 1 StGB. nach sich ziehen konnte.

(2. Sen. v. 17. Nov. 1930; 2 D 867/30.) [A.]

---

von Diester und Bley für notwendig erklärten, umständlichen Verfahren nach §§ 726, 731 ZPO. gezwungen wären. Ob der früher erwirkte Titel die Vollstreckungskraft verliert, wenn dem Gläubiger die Möglichkeit, einen zweiten Titel zu benützen, gegeben wird, ist gerade das thema probandum; im Gesetze ist diese Folge mit ihrem Eingriff in das von dem Gläubiger erworbene Recht nicht angeordnet.

RA. Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

Zu 10. Das Urteil ist ein Anwendungsfall des anerkannten Rechtssatzes, daß (mit Ausnahme des § 3 Nr. 2 AnfG.) eine *mittelbare* Benachteiligung der Gläubiger zur Anfechtung ausreicht. Eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger liegt dann vor, wenn im ursächlichen Zusammenhang mit der anzufechtenden Handlung (hier der Veräußerung und Belastung der zum Schuldnervermögen gehörenden Sache) die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger verringert wird. Hat, wie im vorliegenden Falle, die Sache nach der Veräußerung eine Wertsteigerung erfahren, die sie zu einem für die Befriedigung der Gläubiger geeigneten Zugriffsobjekt gemacht hätte, und wäre diese Wertsteigerung auch ohne die Veräußerung eingetreten, so ist der erforderliche Kausalzusammenhang gegeben. Es ist daher in der Ordnung, daß die Frage, ob der Anfechtungsanspruch begründet ist, nach der Sachlage am Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung des Anfechtungsprozesses beantwortet wird, d. h. daß jeder Umstand, der bis zu diesem Zeitpunkt eintritt und geeignet ist, nunmehr die Veräußerung als eine den Gläubigern ungünstige Handlung erscheinen zu lassen, Berücksichtigung findet. Im vorliegenden Falle war dieser Umstand die Wertsteigerung des Grundstücks, welche durch die von der Bekl. unternommenen Bebauung herbeigeführt worden ist.

Auch der Satz des Urteils, daß die Bekl. kein Recht auf die ganze durch den Bau erzielte Werterhöhung, sondern nur auf Vorwegbefriedigung aus dem Versteigerungserlös wegen ihrer Verwendungen hat, verdient Beifall!

Prof. Dr. Dölle, Bonn.

Zu 11. A. Das Urteil ist im *praktischen Ergebnis äußerst unbefriedigend*. Nach ihm würde gegenseitige Verabredung des Meineids — also eine besonders gefährliche und eine besonders erschwerende Begehungsform des Meineids — den *Strafmilderungsgrund* des § 157 Ziff. 1 StGB. nach sich ziehen. Man würde sich, auch wo zwingende Gründe zu einer solchen Folgerung nötigen würden, nur schwer entschließen können, sie zu billigen.

Aber solche zwingenden Gründe liegen in Wirklichkeit gar *nicht* vor. Eine sinngemäße Erfassung der genannten Gesetzesbestimmung führt vielmehr zur Ablehnung ihrer Anwendbarkeit in Fällen der vorliegenden Art. Die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nach § 49a StGB. hätte nur die Angabe jener „*Verabredung*“ zu gegenseitiger Meineidsbegehung nach sich gezogen, *nicht* aber die Angabe der Wahrheit im übrigen. Es mögen vielleicht Fälle denkbar sein, in denen eine solche Trennung innerhalb der geforderten Aussage schlechterdings ausgeschlossen ist; dann ließe sich gegebenenfalls an die Anwendbarkeit des § 157 Ziff. 1 StGB. denken. Aber dazu müßten *ganz besondere* Umstände vorliegen, von denen im vorliegenden Fall lediglich nichts erkennbar ist. Die bloße *Denkmöglichkeit* einer solchen Sachlage rechtfertigt nicht die Aufhebung des SchwGUrteils. Vielmehr ist beim Fehlen jedes gegenteiligen Anhaltspunktes zu sagen: dem Meineid, soweit er *nicht* unmittelbar auf das Ableugnen jener „Verabredung“ gerichtet ist, kann der Strafmilderungsgrund nach § 157 Ziff. 1 StGB. *nicht* zuteil werden. In dieser Beziehung geht RGSt. 60, 56 (57) in der Vereinheitlichung der gesamten Aussage zu weit; dagegen anerkennt RGSt. 61, 310 (312) mit Recht im Prinzip den hier zugrunde gelegten Standpunkt einer Trennung der einzelnen Bestandteile der Aussage.

Wir vermögen daher das vorliegende Urteil als zutreffend nicht anzusehen.

Prof. Dr. Edmund Mezger, Marburg.

B. Den Ausführungen von *Mezger* stimme ich in vollem Umfang bei. Gegenüber der vorliegenden Entsch. kann auf die Einwendungen verwiesen werden, die schon von *Bohne*: JW. 1931, 539 und von mir JW. 1929, 861 gegen diese Rspr. vorgebracht worden sind. Teils auf Grund einer verkehrten Auslegung des § 157 Nr. 1 StGB., teils auf Grund einer zu weiten Umgrenzung des Gegenstands der Zeugenaussage gelangt das RG. dazu, den Meineid gerade in seiner schlimmsten Form, den *gekauften* Meineid, zu privilegieren. Wird auch in der vorherigen Verabredung eine nach § 49a StGB. strafbare Handlung regelmäßig zu finden sein, so ist doch damit noch nicht die im § 157 Nr. 1 StGB. vorausgesetzte Verbindung zwischen der früheren Straftat und der eidlichen Aussage gegeben. Denn, damit festgestellt werden kann, daß der Täter sich durch die Angabe der Wahrheit einer strafbaren Handlung bezichtigt hätte, müßte feststehen, daß der Zeuge verpflichtet war, ohne besonderes Befragen die Tatsache der früheren Verabredung aufzudecken und daß er schon durch Verschweigung *dieses* Vorgangs die Unwahrheit sagte. Denn dadurch allein, daß er die Behauptung, für die ihn die eine Prozeßpartei wider besseres Wissen als Zeugen benannt hatte, unter seinem Eide wahrheitsgemäß als *unrichtig* bezeichnet, gibt er noch nicht zu, daß er sich zur Bekundung des Gegenteils hat bestechen lassen. Die Hauptfrage für die Anwendbarkeit des § 157 Nr. 1 StGB. im Zusammenhang mit § 49a StGB. ist also, ob der Zeuge verpflichtet ist, *ungefragt* über ihm gegenüber vorgenommene Beeinflussungsversuche Mitteilung zu machen. Sie ist mit *Bohne* und *Mezger* zu verneinen. Das RG. hat zu ihr bisher keine präzise Stellung genommen, indem es sie entweder ausdrücklich offen ließ (RG.: JW. 1929, 861[20]) oder sich damit begnügte, von dem Vorderrichter zu fordern, er solle im Hinblick auf § 49a StGB. den § 157 Nr. 1 StGB. „beachten“ (RG.: JW. 1931, 539[20] und das vorliegende Urteil). Solange das RG. hierauf keine eindeutige Antwort gibt, wird man den Fragenkomplex in der Rspr. noch nicht als geklärt ansehen können.

Zu welchen komplizierten Unterscheidungen übrigens die Anwendbarkeit des § 157 Nr. 1 StGB. führen würde, mag folgende

12. § 51 StGB. **Eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit führt, auch ohne daß sie die Erkenntnisfähigkeit und die Verstandestätigkeit ausschließt, zur strafrechtlichen Unzurechnungsfähigkeit, wenn sie zur Folge hat, daß der geistig Gestörte nicht fähig ist, seine Entschließungen und sein Handeln der ihm verbliebenen verstandesmäßigen Einsicht gemäß einzurichten, wenn ihm also die freie Willensbestimmung fehlt, weil infolge der Störung seiner Geistestätigkeit irgendwelche Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse seinen Willen derart übermäßig beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist.** †)

Die Rev. rügt mit Recht, daß das Schwurgericht die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. nicht mit ausreichender und rechtlich einwandfreier Begründung bejaht habe.

Der Angekl. hatte unter anderem angegeben, er sei bei der Ausführung der Tat „nicht mehr Herr seiner Sinne" gewesen. Nach Lage der Sache konnte das nur heißen, daß ihn der Gedanke, die P. zu töten — der ihm „plötzlich gekommen" sei —, triebhaft übermannt habe, so daß er ihm widerstandslos verfallen sei. Zur Erörterung der Frage der Zurechnungsfähigkeit des Angekl. bestand hier aber noch besonderer Anlaß, weil — worauf das Schwurgericht selbst hinweist — der Angekl. seit seiner Kindheit „zeitweise an Schwermut gelitten" hat, in der letzten Zeit vor der Tat durch sein „nachdenkliches und gedankenloses Wesen" aufgefallen ist, eine seiner Schwestern Selbstmord verübt und eine andere einen Selbstmordversuch gemacht hat. Gleichwohl begnügt sich das Schwurgericht damit, zur Rechtfertigung der Annahme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit des Angekl. unter Bezugnahme auf das Ergebnis der irrenärztlichen Beobachtung und Untersuchung auszuführen, der Angekl. sei zwar Neurastheniker und „in gewissem, nur geringem Grade" geistig minderwertig, aber „keineswegs geisteskrank". § 51 StGB. könne „deshalb" keine Anwendung finden. Auch spreche „das planmäßige Handeln" bei Ausführung der Tat dafür, daß der Angekl. sich „vollkommen dessen bewußt war, was er tat", wenn er auch nicht „mit Überlegung i. S. des § 211 StGB." gehandelt habe.

Soweit hier hervorgehoben wird, der Angekl. sei nicht geisteskrank und „deshalb" könne § 51 StGB. keine Anwendung finden, scheint das Schwurgericht zu verkennen — und dasselbe würde zutreffendenfalls auch für das von ihm zugrunde gelegte ärztliche Gutachten gelten —, daß es für die Anwendung des § 51 nicht entscheidend ist, ob der Täter geisteskrank ist oder war; der Schuldausschließungsgrund des § 51 ist vielmehr stets und nur gegeben, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Tat sich in einem Zustande von „Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit" befunden hat, durch welchen „seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen" war.

Ein Zustand von Bewußtlosigkeit (oder Bewußtseinsstörung; vgl. RGSt. 64, 349, 353) mag hier allerdings nicht vorgelegen haben. Zu erforschen blieb aber, was überhaupt im Innern des Angekl. vor sich gegangen sein mochte, ob er insbes. einem plötzlichen Anreiz gefolgt ist und welcher Beweggrund ihn getrieben haben kann. Gerade mit Rücksicht auf die angebliche Hemmungslosigkeit, mit welcher der Angekl. seine Handlungsweise zu erklären sucht, wäre näher darzulegen gewesen, inwiefern und von wann ab von einem „planmäßigen Handeln" des Angekl. gesprochen werden kann. Selbst wenn das Schwurgericht der Überzeugung war, es sei nicht ein plötzlicher Anreiz gewesen, dem der Angekl. widerstandslos erlegen sei, hätte es aber bei der Veranlagung des Angekl. zu seiner Behauptung, er sei „nicht mehr Herr seiner Sinne" gewesen, in einer den § 51 StGB. wirklich erschöpfenden Weise Stellung nehmen und nötigenfalls eine Ergänzung des irrenärztlichen Gutachtens veranlassen müssen; denn ebensowenig, wie ein unüberlegtes und planloses Handeln ohne weiteres den Schluß auf eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit und eine durch sie bedingte Willensunfreiheit rechtfertigt, ist ein vorbedachtes und planvolles Handeln ein untrügliches Zeichen für das Vorliegen von Zurechnungsfähigkeit i. S. von § 51 StGB. Eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit braucht die Erkenntnisfähigkeit und die Verstandestätigkeit nicht auszuschließen; sie führt aber zur strafrechtlichen Unzurechnungsfähigkeit (§ 51 StGB.), wenn sie zur Folge hat, daß der geistig Gestörte nicht fähig ist, seine Entschließungen und sein Handeln der ihm verbliebenen verstandesmäßigen Einsicht gemäß einzurichten, wenn ihm also die freie Willensbestimmung fehlt, weil infolge der

---

Erwägung zeigen: In vermögensrechtlichen Streitigkeiten begeht eine Partei dadurch, daß sie einen Zeugen für eine wissentlich unwahre Behauptung benennt, regelmäßig einen strafbaren Betrugsversuch (RGSt. 40, 9). Der Zeuge, der der Partei eine ihren Zwecken genehme unwahre Aussage verspricht und ihr dadurch seine Benennung als Zeuge ermöglicht, macht sich der Beihilfe zum Betrugsversuch schuldig. Neben dieser Beihilfehandlung kommt eine Strafbarkeit nach § 49 a StGB. wegen der subsidiären Natur dieser Bestimmung nicht mehr in Betracht. Würde nun der Zeuge bei seiner Vernehmung wider Erwarten die Wahrheit sagen, so würde er dadurch von der Beihilfe zum Betrugsversuch straflos zurücktreten; hier könnte daher die Angabe der Wahrheit eine Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung nicht nach sich ziehen. Auch nach Ansicht des RG. ist § 157 Nr. 1 StGB. unanwendbar, wenn die frühere Verabredung nicht eine nach § 49 a StGB. strafbare Handlung, sondern Beihilfe zum Betrugsversuch darstellte (RGSt. 62, 406 sowie 1. Sen. v. 13. Febr. 1931, 1 D 38/31: JW. 1931, 1557). Darauf, ob sich der Täter dieser Rechtslage bewußt ist, d. h. ob er wußte, daß ihm im Falle wahrheitsgemäßer Angabe eine strafrechtliche Verfolgung nicht drohe, kommt es nach der ständigen Rspr. des RG. nicht an. Entscheiden soll also allein, ob die frühere Verabredung als Beihilfe zum Betrugsversuch oder als Vergehen gem. § 49 a StGB. aufzufassen ist. Für die Strafbarkeit der früheren Handlung des Täters selbst bedeutet dies keinen wesentlichen Unterschied. Um so mehr hat man angesichts der Tatsache, daß gerade hierauf der Akzent gelegt wird, das Gefühl, daß auf diese Weise die Anwendbarkeit des § 157 Nr. 1 StGB. von juristischen Zwirnsfäden abhängig gemacht wird.

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 12. Die Erläuterung, die obiges Erkenntnis zu § 51 StGB. gibt, muß auch vom Standpunkt des ärztlichen Sachverständigen aus gebilligt werden. Zweifellos entspricht es nicht dem Wortlaut und nicht dem Sinne des Ges., wenn ein Gutachten über Zurechnungsfähigkeit auf die Frage „geisteskrank oder nicht geisteskrank" abgestellt wird. Diese Anschauung wird auch überall in der gerichtl. Psychiatrie vertreten. Es darf darauf hingewiesen werden, daß es gerade medizinische Körperschaften waren, die Preußische Wissenschaftliche Deputation und die Leipziger medizinische Fakultät, die sich bei der Schaffung des StGB. dafür einsetzten, daß der Ausdruck „geisteskrank" vermieden und, wie es geschehen, ersetzt worden ist. Allerdings wird die Zahl der Fälle, in denen man zur Annahme der Unzurechnungsfähigkeit gelangt, obwohl eine eigentliche Geisteskrankheit nicht vorliegt, dann nur gering sein, wenn man, wie das Urteil will, absieht von den Zuständen, die als Bewußtlosigkeit oder Bewußtseinstrübung bezeichnet werden können. Die große Mehrzahl in Unzurechnungsfähigkeit begangener Straftaten nicht Geisteskranker fällt doch unter diesen Begriff: Fiberdelirien, Schlaftrunkenheit, Rausch, psychische Störungen während der Geburt, Hypnose u. a. m. Immerhin bleibt doch einiges übrig — es sind zumeist die gleichen Zustände, wie die, für die man den Begriff der partiellen Unzurechnungsfähigkeit geprägt hat —, dem man nur mittels der oben gegebenen Gesetzesauslegung gerecht werden kann. Genannt seien manche impulsive Akte Schwachsinniger oder schwerer Psychopathen — der Begriff des impulsiven Irreseins als einer besonderen Form der Geisteskrankheit ist doch zumeist aufgegeben. Ferner die strafbaren Handlungen, die unter dem Einfluß „überwertiger Ideen" im Sinne Wernickes geschehen, auf deren forensische Bedeutung noch kürzlich Leibbrand hingewiesen hat. Eine unerwünschte Grenzerweiterung der Unzurechnungsfähigkeit bei Annahme dieser Lehre ist wohl nicht zu befürchten, wenn an der Voraussetzung der krankhaften Störung festgehalten wird. Endlich die Straftaten Rauschsüchtiger, die begangen werden, um sich in den Besitz des unentbehrlichen Mittels zu setzen, und die sich doch nicht ohne Zwang unter den Begriff der Geisteskrankheit oder Bewußtlosigkeit bringen lassen.

Ob im vorliegenden Falle irgend etwas Ähnliches in Betracht kommt, läßt sich auf Grund der angeführten Tatsachen nicht entscheiden. Sie lassen ja zunächst an einen Raptus melancholicus denken, aber eine mit so schweren Erscheinungen einhergehende Melancholie wäre sicher von den Sachverständigen als Geisteskrankheit anerkannt worden. Wenn das Verhalten des Angekl. im Schwurgerichtsurteil übrigens als „nachdenklich und gedankenlos" geschildert wird, so vermag diese Zusammenstellung den Leser wohl auch nachdenklich zu stimmen.

Geh. MedR. Prof. Dr. F. Straßmann, Berlin.

Störung seiner Geistestätigkeit irgendwelche Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse seinen Willen derart übermäßig beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist (RGSt. 63, 46, 48; vgl. auch RGSt. 64, 349 ff.).

(2. Sen. v. 25. April 1931. — 2 D 1018/30.) [A.]

13. § 79 StGB. Will das auf eine Gesamtzuchthausstrafe erkennende Gericht in die Gesamtstrafe aufgenommene, am Tage des Urteils teilweise verbüßte frühere Gefängnisstrafen nach dem in § 21 StGB. vorgeschriebenen Maßstab als verbüßten Teil der nunmehrigen Gefängnisstrafe anrechnen, so muß die Anrechnung auch auf den Teil der Strafe ausgedehnt werden, den der Angekl. zu der Zeit verbüßt hat, zu der der Ausspruch der nunmehrigen Gesamtzuchthausstrafe in Rechtskraft übergeht. †)

Bedenken muß der Satz in dem verfügenden Teil des angefochtenen Urteils erregen, daß auf die erkannte Gesamtzuchthausstrafe der von dem Angekl. aus den früheren Urteilen bereits verbüßte Teil der Gefängnisstrafen anzurechnen sei. Dieser Satz ist mehrdeutig und mißverständlich. Er kann nach seiner Fassung den Anschein erwecken, als wollte das SchwG. den verbüßten Teil dieser Strafen nach Art der Untersuchungshaft gemäß § 60 StGB. anrechnen. Das würde aber, wie das RG. wiederholt ausgeführt hat, den gesetzlichen Vorschriften widersprechen. Da in dem Urteil auf die genannte Bestimmung nicht Bezug genommen und auch sonst der Wille des Gerichts, sie auf den vorliegenden Fall anzuwenden, nicht erkenntlich ist, kann nicht angenommen werden, daß das SchwG. eine dem Gesetze widersprechende Anschauung vertreten wollte. Der Satz muß daher dahin ausgelegt werden, daß das SchwG. den verbüßten Teil der Strafen nach dem in § 21 StGB. vorgeschriebenen Maßstab auf die Gesamtzuchthausstrafe in Anrechnung gebracht wissen wollte. Dann darf aber die Anrechnung nicht auf den zur Zeit der Verkündung des Urteils des SchwG. verbüßten Teil der Strafen beschränkt werden, sondern muß auf den Teil der Strafen ausgedehnt werden, den der Angekl. zu der Zeit verbüßt hat, zu der der Ausspruch der nunmehrigen Gesamtzuchthausstrafe in Rechtskraft übergeht. Vgl. über alle diese Fragen RGSt. 8, 63 ff. und 385 ff. Die erforderliche Klarstellung des beanstandeten Satzes kann von hier aus erfolgen.

In gleicher Weise kann ein offenbares Schreibversehen in dem verfügenden Teil des Urteils richtiggestellt werden. Es muß dort heißen, daß der Angekl. R. wegen eines Verbrechens der Anstiftung zum Meineid (nicht wegen eines Verbrechens des Meineids) verurteilt ist.

(1. Sen. v. 27. März 1931; 1 D 135/31.) [A.]

14. §§ 153, 73, 161 StGB.; § 239 Abs. 1 Ziff. 1 KO.; § 807 ZPO.

1. Die zur Strafbarkeit des betrüglichen Bankerotts erforderliche persönliche Beziehung zwischen der Bankerotthandlung und der Konkurseröffnung dergestalt, daß dieselben Gläubiger, die durch die Bankerotthandlung benachteiligt werden können, wenigstens zum Teil auch durch die Konkurseröffnung benachteiligt werden, ist dann ausgeschlossen, wenn die zur Zeit der Bankerotthandlung vorhandenen Gläubiger bei der Konkurseröffnung schon befriedigt waren.

2. Zur „vollständigen" Angabe des Vermögens i. S. von § 807 ZPO. gehört grundsätzlich die ausdrückliche Bezeichnung aller einen selbständigen Vermögenswert bildenden Gegenstände. Unter diese fällt auch eine Eigentümergrundschuld.

3. § 239 KO. ist gegenüber § 153 StGB. das schwerere Gesetz.

4. Da die in § 161 StGB. vorgesehene Eidesunfähigkeit keine Nebenstrafe bildet, ist auf sie auch dann zu erkennen, wenn bei Tateinheit zwischen einem Meineid und einem anderen Verbrechen die Strafe nicht den §§ 153 ff. StGB. entnommen wird. †)

1. Die Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen § 239 Abs. 1 Ziff. 1 KO., das durch den Offenbarungseid v. 24. Aug. 1926 begangen worden sein soll, unterliegt einem durchgreifenden Bedenken. Wie die Rev. mit Recht geltend

---

Zu 13. Die Bedeutung der Entsch. liegt nicht sowohl darin, daß das RG. die Anrechnung vollstreckter Gefängnisstrafe auf den Teil dieser Strafe ausdehnt, den der Angekl. zu der Zeit verbüßt hat, zu der der Ausspruch der nunmehrigen Gesamtzuchthausstrafe in Rechtskraft übergeht, als in der Richtigstellung des mit Rev. angefochtenen SchwGUrt.

Daß die Anrechnung nicht auf den zur Zeit der Verkündung des auf Gesamtzuchthausstrafe erkennenden SchwGUrt. verbüßten Teil der Gefängnisstrafe beschränkt werden darf, ist einleuchtend richtig. Denn es kann nicht die Absicht des Gesetzes sein, daß, weil nunmehr auf Gesamtzuchthausstrafe erkannt ist, die weitere Vollstreckung der früher erkannten Gefängnisstrafe wegfallen und der Angekl. aus der Strafhaft entlassen werden sollte, indem weder weiter Gefängnisstrafe, noch, solange das schwurgerichtliche Urteil nicht rechtskräftig geworden ist, bereits Zuchthausstrafe an ihm vollstreckt werden dürfte. Vielmehr geht die Vollstreckung der Gefängnisstrafe weiter mit der Maßgabe, daß auf die Gesamtzuchthausstrafe die zur Zeit der Rechtskraft des schwurgerichtlichen Urteils verbüßte, gem. § 21 StGB. in Zuchthaus umzuwandelnde Gefängnisstrafe in Abrechnung zu bringen ist. Dabei bleibt natürlich denkbar, daß, bevor das zweite Urteil — hier des SchwG. — rechtskräftig wird, die Gefängnisstrafe bereits ganz vollstreckt ist. An der Gesamtzuchthausstrafe unter verhältnismäßiger Anrechnung der verbüßten Gefängnisstrafe würde sich dadurch nichts ändern (vgl. auch Köhler: GerS. 65, 33 f.).

Der Richtigstellung, die das RG. an dem verfügenden Teil des angefochtenen Urteils vornimmt, ist beizustimmen. Ohne weiteres der Korrektur des offenbaren Schreibversehens („Meineid" statt „Anstiftung zum Meineid"). Das Recht und die Pflicht zu einer solchen Berichtigung setzt ein Parteibegehren nicht voraus und fällt, wenn der Unterrichter sie versäumt hat, von selbst dem Rechtsmittelrichter zu. Es ist auch gewiß zu billigen, daß das RG. gegenüber einer zweideutigen Fassung der Dezisive des angefochtenen Urteils nicht von der Annahme eines Rechtsirrtums, sondern nur ungenauer Ausdrucksweise des Unterrichters, ausgeht und daher insofern das Urteil nicht aufhebt, sondern ihm zur zutreffenden Form verhilft.

Auch weitherzige Auslegung und Handhabung der eigenen funktionellen Zuständigkeit seitens des RG. verdient gewiß dann Beifall, wenn sie zur Vermeidung unnützer Weitläufigkeit dient und ein sachlicher Gegengrund nicht ersichtlich ist. Nicht immer freilich ist diese Grenze gewahrt worden. So stand z. B. in dem Falle JW. 1929, 257 der analogen Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. — Beibehaltung einer wegen Begünstigung erkannten Strafe unter dem zutreffenden Gesichtspunkt der Beihilfe, weil nach der Begründung der Strafzumessung im angefochtenen Urteil der Unterrichter auch bei richtiger Subsumtion auf eine niedrigere Strafe nicht erkannt haben würde — das Bedenken entgegen, daß im Falle der Zurückverweisung gem. § 353 StPO. das Untergericht auf Grund der neuen Beweiserhebung allerdings zu einer noch milderen Beurteilung hätte gelangen können.

In JW. 1930, 3401 wird hypothetisch die Frage aufgeworfen, ob der RevR. trotz § 358 Abs. 2 StPO. (Verbot der ref. in pejus) einen vom Tatrichter unterlassenen Ausspruch nach § 161 StGB. (Erklärung der Unfähigkeit eines wegen Meineids Verurteilten zu eidlicher Vernehmung als Zeuge, Sachverständiger) durch eine Berichtigung des Urteils nachholen könnte. Verneinung scheint mir sicher zu sein, denn es wäre Sache des StA. gewesen, das Urteil wegen dieser Auslassung mit Rev. anzufechten.

Vgl. weiter Löwe-Rosenberg zu § 354 Bem. 11.

Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

Zu 14. 1. Der Angekl. hatte bei der Leistung des Offenbarungseides i. J. 1926 einen Vermögensgegenstand nicht angegeben und war 4 Jahre später in Konkurs geraten. In welcher Weise das SchwG. bei der Verurteilung aus § 239 Ziff. 1 KO. die Gläubigerbenachteiligungsabsicht festgestellt hatte, ist aus der Entsch. nicht zu ersehen. Jedenfalls hätte diese aus dem Verheimlichen von Vermögensstücken allein nicht gefolgert werden dürfen. Es läßt sich sehr wohl denken, daß der Angekl. das betr. Vermögensstück lediglich dem Vollstreckungsgläubiger entziehen wollte. In diesem Falle läge betrügerischer Bankerott nicht vor, weil dieser die Absicht voraussetzt, die Gesamtheit der Gläubiger zu benachteiligen. S. RGSt. 39, 138; Frank § 239, IV KO.; Olshausen § 239, 34 KO.

Ohne auf diesen Gesichtspunkt hinzuweisen, will das RG.

macht, muß zwischen der Bankerotthandlung und der Konkurseröffnung eine persönliche Beziehung in der Weise bestehen, daß dieselben Gläubiger, die durch die Bankerotthandlung benachteiligt werden können, wenigstens zum Teil auch durch die Konkurseröffnung benachteiligt werden (RGSt. 26, 387). Das ist ausgeschlossen, wenn die zur Zeit der Bankerotthandlung vorhandenen Gläubiger bei der Konkurseröffnung schon befriedigt waren. Das Urteil geht auf diese Gesichtspunkte nicht ein, obwohl die Sachlage dazu Anlaß gab. Denn zwischen der Bankerotthandlung — der Leistung des Offenbarungseides v. 24. Aug. 1926 — und der Eröffnung des Konkurses über das persönliche Vermögen des Angekl. — 2. Mai 1930 — lag ein so langer Zeitraum, daß die zur Zeit der Bankerotthandlung vorhandenen Gläubiger bei der Konkurseröffnung sehr wohl sämtlich befriedigt gewesen sein konnten. Dies gilt um so mehr, als das Urteil (S. 8) ausdrücklich betont, daß bis zum 28. Juni 1926 eine Reihe von Forderungen, wegen deren schon Pfändungsaufträge erteilt worden waren, noch im letzten Augenblick befriedigt worden sind. Übrigens ist nicht ersichtlich, inwiefern „die erste erfolglose Vollstreckungshandlung am 28. Juni 1926 geschehen", der Angekl. aber „auf Antrag der Firma E. & Co., deren Pfändung erfolglos gewesen war", „auf den 21. April 1926 zur Leistung des Offenbarungseides . . . geladen" worden sein soll. Daß der Angeklagte zur Zeit der Bankerotthandlung seine „Zahlungen" bereits „eingestellt" gehabt hätte, ist aus dem Urteil nicht mit Sicherheit zu entnehmen; dieses spricht auch auf S. 25 nur von der Konkurseröffnung, nicht von einer Zahlungseinstellung (§ 239 KO.). Da das Bankerottverbrechen nur in Tateinheit mit dem Meineid begangen sein kann, so ist die Verurteilung auch hinsichtlich des Meineides aufzuheben.

2. Die Rev. macht gegenüber der Verurteilung wegen des Meineids, der durch den Offenbarungseid v. 11. Juni 1929 geleistet worden sein soll, zu Unrecht geltend, daß der Angeklagte die beiden Grundschulden nicht habe anzugeben brauchen, weil sie als Eigentümergrundschulden im Grundbuch eingetragen gewesen seien. Zwar ist nach dem Urteil damit zu rechnen, daß der Angekl. das mit ihnen belastete Grundstück im Vermögensverzeichnis als Eigentum der Friedrich K. AktG. angegeben hat. Aber durch diese Angabe würde er seiner Pflicht nach § 807 ZPO., sein Vermögen so vollständig anzugeben, als er dazu imstande sei, nicht genügt haben. Wenn auch die Vollstreckungsgläubigerin durch die Angabe des Grundstücks in die Lage versetzt worden wäre, das Grundbuch einzusehen und dadurch die Eintragung der beiden Eigentümergrundschulden festzustellen, so hätten diese trotzdem besonders angegeben werden müssen. Denn zur „vollständigen" Angabe des Vermögens gehört grundsätzlich die Bezeichnung aller einen selbständigen Vermögenswert bildenden Gegenstände, und unter diese fällt auch eine Eigentümergrundschuld. Die Vermögensstücke müssen ferner ausdrücklich angegeben werden; der oft ungewandte Gläubiger darf nicht darauf angewiesen sein, erst durch Nachforschungen weitere Vermögensstücke zu ermitteln, mag ihm auch der Schuldner die Unterlagen dafür gegeben haben. Der in RGSt. 45, 429 behandelte Fall weicht von dem vorliegenden insofern ab, als es sich dort um Hypotheken handelt, die ganz oder zum Teil mangels einer „Valutierung" als Eigentümergrundschulden galten und daher als solche aus dem Grundbuche nicht ersichtlich waren. Ob der Senat in RGSt. 45, 429 davon ausgegangen ist, daß der Schuldner in einem Falle wie dem vorliegenden eine Eigentümergrundschuld nicht anzugeben brauche, kann dahingestellt bleiben; denn der Senat gibt, wenn er hiervon ausgegangen sein sollte, diese Ansicht auf. Das SchwG. hat den Offenbarungseid v. 11. Juni 1929 unter dem Gesichtspunkte, daß der Angekl. die Grundschulden hätte angeben müssen, nicht er-

---

den betr. Bankerott grundsätzlich für den Fall verneint wissen, daß die z. Zt. der Bankerotthandlung i. J. 1926 vorhandenen Gläubiger bei der etwa vier Jahre später eingetretenen Konkurseröffnung (oder einer etwa früher erfolgten Zahlungseinstellung) sämtlich schon befriedigt gewesen seien, weil es dann an der „persönlichen Beziehung" zwischen der Bankerotthandlung und der ZE. oder KE. fehle. Diese Auffassung ist nicht unbedenklich. Die vom RG. in ständiger Rspr. geforderte „tatsächliche Beziehung" zwischen Bankerotthandlung und der ZE. oder KE. ist ein dem Strafrecht fremder, für das Gebiet der Konkursdelikte eigens geschaffener, aber sehr unklarer Begriff, der sich mit dem des ursächlichen Zusammenhangs nicht decken soll, im übrigen aber nirgends bestimmt ist und wohl nur etwas Gefühlsmäßiges darstellt. Er verdankt seine Entstehung dem Umstand, daß das RG. die ZE. oder KE. entgegen seiner früheren Meinung, z. B. in RGSt. 13, 43 u. 27, 318 nicht als Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz zu beziehen hätte, sondern als ganz außerhalb der inneren Tatseite liegende Strafbarkeitsbedingung auffaßt, so daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen diesen und den Handlungen weder objektiv noch subjektiv und noch viel weniger die Voraussicht dieser Folgen der Handlungen vorauszusetzen sei. So z. B. LpzKomm., § 239, 3, 19 u. 20 KO. und unter eingehender Darlegung der Entwicklung der Rspr.: RGSt. 45, 96. Diese heute zur Herrschaft gelangte Auffassung bedurfte eines Notbehelfs, um nicht strafwürdig erscheinende Fälle aus dem Kreis der Konkursdelikte auszuscheiden, die bei strenger Durchführung der Theorie als solche strafbar sein müßten. So entstand das Erfordernis der tatsächlichen (zeitlichen, sachlichen und persönlichen) Beziehung zwischen Bankerotthandlung und ZE. oder KE.

Es ist zuzugeben, daß es für das Gebiet des einfachen Bankerotts unentbehrlich ist, wenn man mit der herrschenden Meinung die ZE. oder KE. als objektive Strafbarkeitsbedingungen auffaßt. Denn die im § 240 aufgezählten Handlungen mit Ausnahme des Tatbestandes der Ziff. 2 setzen nach diesem Standpunkt irgendeinen Zusammenhang mit der ZE. oder KE. nicht voraus, d. h. der Schuldner, der solche Handlungen vorgenommen hat, wird beim Eintritt der ZE. oder KE. bestraft, auch wenn er bei Vornahme der Handlungen seine Gläubiger befriedigen konnte oder befriedigen zu können glaubte. Ganz anders aber liegen die Fälle des § 239 KO. Hier ist im Gegensatz zu § 240 die Gläubigerbenachteiligungsabsicht das unterscheidende und wesentliche Tatbestandsmerkmal (Olshausen § 240, 20). Darunter wird verstanden die Absicht oder nach der Rspr. des RG. zum wenigsten der bestimmte Wille, daß die Gläubiger in ihrer Gesamtheit nicht oder nicht vollständig befriedigt werden (Frank § 239, IV), daß sie nicht alles erhalten, worauf sie nach Lage der Sache ein Recht haben, daß also die Möglichkeit einer Befriedigung geringer wird (Olshausen § 239, 34), daß die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dienende Masse verringert wird (RGSt. 6, 95 u. 39, 136). Aus dieser Begriffsbestimmung der Benachteiligungsabsicht ergibt sich zwingend, daß sie nicht vorliegen kann, solange der Schuldner seine Gläubiger restlos und voll befriedigen zu können glaubt. Oder positiv ausgedrückt: der Schuldner handelt bei Vornahme der Bankerotthandlungen nach § 239 nur dann in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn er weiß oder voraussieht, daß er seine Gläubiger nicht befriedigen kann. Es ist hiernach unrichtig, wenn z. B. der LpzKomm. zu § 239, 3 u. 20 Abs. 3 es für die Fälle des betrügerischen Bankerotts für unerheblich erklärt, ob der Täter bei Vornahme der Handlungen die ZW. oder KE. als Folge dieser vorausgesehen hat oder voraussehen konnte. Jedenfalls ist dieser Satz unrichtig, wenn man ihn so verstehen wollte, wie er anscheinend auch zu verstehen sein soll und verstanden wird, daß der Täter im Falle des § 239 die Nichtbefriedigung seiner Gläubiger in seinen Willen nicht aufzunehmen brauche; denn in diesem Falle ist die Benachteiligungsabsicht schlechterdings undenkbar. Der Satz paßt, wie dargelegt, für die Fälle des einfachen, nicht aber für die des betrügerischen Bankerotts. Er ist vom RG. 45, 96, der einen Tatbestand des einfachen Bankerotts betrifft, ausgesprochen und dann von dem Komm. ohne weiteres auf den des betrügerischen Bankerotts übertragen worden, wobei der wesentliche Unterschied im subjektiven Tatbestande der beiden Delikte nicht ins Auge gefaßt ist. Auch das übrige Schrifttum sowie das RG. selbst haben bisher diesen Unterschied und das Verhältnis der Benachteiligungsabsicht zur ZE. und KE. nicht genügend beachtet. Das mag damit zusammenhängen, daß das RG. wegen der früheren Schwurgerichtszuständigkeit für § 239 KO. seine Theorie über die Bedeutung der ZE. und KE. und die daraus abzuleitenden Rechtssätze und Folgerungen hauptsächlich im Bereich des § 240 KO. untersucht und entwickelt hat. Äußerstenfalls ließe sich der oben erwähnte Satz in der Weise vertreten, daß es nicht gerade erforderlich sei, daß der Täter bei Vornahme einer Handlung nach § 239 damit rechnet, daß es zur ZE. im gesetzestechnischen Sinne kommen würde. Es lassen sich nämlich Fälle denken, in denen man vielleicht den subjektiven Tatbestand des § 239 bejahen könnte, selbst wenn der Täter bei Vornahme der Handlungen die ZE. (im technischen Sinne) nicht erwartet, vielmehr, obgleich mit der Möglichkeit ihres Eintritts rechnend, weiter die Erwartung gehegt hätte, daß es ihm doch noch gelingen werde, die ZE. oder KE. zu vermeiden. Insoweit, aber auch nur insoweit könnte man äußerstenfalls den Satz gelten lassen, daß die Voraussicht der ZE. oder KE. für den inneren Tatbestand des § 239 nicht erforderlich sei. Jedoch ist und bleibt es undenkbar, die Benachteiligungsabsicht anzunehmen, solange der Täter die Befriedigung aller Gläubiger, wenn auch irrtümlich, für möglich hält und hierzu gewillt ist. Im andern Falle läge betrügerischer Bankerott auch dann schon vor, wenn der Schuld-

örtert, namentlich nicht nach der inneren Tatseite. Es stellt darauf ab, daß der Angekl. die Grundschuld**briefe** hätte angeben müssen. Es kommt jedoch auf die Grundschulden selbst an; die **Briefe** bilden keinen selbständigen Gegenstand der Pfändung (vgl. auch RG. 66, 27).

Hiernach ist nicht nur die Verurteilung des Angekl. wegen des Meineids aufzuheben, den das SchwG. in dem Offenbarungseide v. 11. Juni 1929 erblickt hat, sondern auch die Verurteilung wegen der Straftaten, die mit ihm in Tateinheit begangen worden sein sollen.

Nach dem allen ist die Sache gemäß § 354 StPO. in vollem Umfang an das SchwG. zurückzuverweisen, ohne daß auf die weiteren Rügen der Rev. näher einzugehen ist. Gegebenenfalls wird nunmehr zu beachten sein, daß i. S. des § 73 StGB. der § 239 KO. gegenüber dem § 153 StGB. das schwere Gesetz ist, obwohl er bei mildernden Umständen Gefängnisstrafe zuläßt. Denn nach § 73 StGB. kommt es bei gleicher Strafart in erster Linie darauf an, welches Gesetz ohne Rücksicht auf mildernde Umstände die höhere Strafe androht; der § 239 KO. droht aber nach § 14 Abs. 2 StGB. Zuchthaus bis zu 15 Jahren an, der § 153 StGB. dagegen nur bis zu 10 Jahren. Jedoch ist auf die im § 161 StGB. vorgesehene Eidesunfähigkeit, die keine Neben**strafe** bildet, auch dann zu erkennen, wenn bei Tateinheit zwischen einem Meineid und einem anderen Verbrechen die Strafe nicht den §§ 153 ff. StGB. entnommen wird (RGSt. 60, 285).

(1. Sen. v. 24. März 1931; 1 D 156/31.) [A.]

II. Verfahren.

15. §§ 240, 241, 244, 337 StPO.

1. **Die Überreichung eines Schriftsatzes in der Verhandlung genügt namentlich dann, wenn erklärt wird, der Schriftsatz enthalte nur Erklärungen zu einem bereits erledigten Beweisantrag, nicht zur ordnungsgemäßen Stellung eines Beweisantrages.**

2. **Auf der ungenügend begründeten Zurückweisung der von dem Verteidiger einem Zeugen vorgelegten Frage braucht das Urteil dann nicht zu beruhen, wenn das Gericht, das, was durch die Beantwortung der Frage glaubhaft und verständlich gemacht werden sollte, zugunsten des Angekl. als wahr unterstellt hatte.†)**

1. Die Rüge einer Verletzung des § 244 StPO. durch Nichtbescheidung des schriftlich zu den Akten überreichten „neuen Beweisantrags" greift, soweit ihre Begründung überhaupt den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. genügt, nicht durch. Nach den gemäß § 274 StPO. allein maßgebenden Beurkundungen in der Sitzungsniederschrift, deren Berichtigung insoweit von den Urkundspersonen abgelehnt worden ist, übergaben die Verteidiger gemeinschaftlich die schriftliche Erklärung v. 12. Jan. 1931 zu den Beweisanträgen, auf die Bezug genommen wird (Anl. 3). Dabei erklärte der RA. F., daß es sich nicht um einen neuen Beweisantrag, sondern lediglich um eine Erläuterung der früher gestellten Beweisanträge handle. Die Erklärung wurde darauf vom Protokollführer als Anl. 3 zum Protokoll genommen. Hiernach ist die in der Revisionsbegründung dem Sinne nach enthaltene weitere Behauptung, der Verteidiger habe in seinem Schlußvortrag diesen Beweisantrag auch mündlich gestellt, durch den Inhalt der Sitzungsniederschrift widerlegt. Die bloße Überreichung eines Schriftstücks zu den Akten, zumal unter der Erklärung, dieses enthalte nur Erläuterungen zu einem bereits erledigten Beweisantrag, stellt sich nicht als eine dem Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung genügende Antragstellung dar (vgl. RGSt. 59, 420).

2. Soweit die Nichtzulassung einer Frage des Verteidigers RA. F. an den Zeugen K. gerügt ist, ist Beschwerde über eine Verletzung der §§ 239 Abs. 2, 240 Abs. 2, 241 StPO. geführt. Nach der Sitzungsniederschrift hat der genannte Verteidiger beantragt, den Zeugen K. zu befragen, ob die Stadtverwaltung D. hinsichtlich des Westfalenhauses einen Pachtvertrag auf 20 Jahre geschlossen habe, nach dem jährlich 300 000 *RM* zu zahlen seien, da die Tatsache im

---

ner bei noch so günstiger Vermögenslage einen Teil seines Vermögens ohne entsprechendes Entgelt oder schenkungsweise z. B. an Angehörige veräußert hätte (RGSt. 64, 152), und es in der Folgezeit infolge damals unvorhergesehener Umstände zur ZE. kommen würde. Dieses dem Rechtsgefühl widersprechende Ergebnis könnte auch mittels des vom RG. aufgestellten Erfordernisses der tatsächlichen Beziehungen zwischen Bankerotthandlung und ZE. nicht unterbunden werden, denn bei ganzer oder teilweiser Identität der im Zeitpunkt der Handlung und der bei der ZE. vorhandenen Gläubiger wäre die tatsächliche Beziehung i. S. des RG. nicht zu bestreiten. So hat denn auch das RG. früher, z. B. in RGSt. 13, 43, die Kenntnis oder Voraussicht der ZE. oder den Willen, die Zahlungen einzustellen, als ein in der Benachteiligungsabsicht liegendes Erfordernis erklärt.

Hiernach ist das Erfordernis der tatsächlichen Beziehung zwischen Bankerotthandlung und ZE. (KE.) im Bereich des § 239 KO. als überflüssig abzulehnen. Es würde nicht nur vom Standpunkt des Täters, sondern auch von dem der Strafrechtspflege aus zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Das zeigen die Folgerungen, die sich aus dem in der vorl. Entsch. ausgesprochenen Grundsatz ergeben. Ist der strafbare Bankerott allgemein wegen Wechsels in der Person der Gläubiger in der Zeit zwischen der Bankerotthandlung und der ZE. oder KE. zu verneinen, so müßte auch der Schuldner straffrei bleiben, der geradezu darauf ausgegangen ist, sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, sofern er nur Sorge getragen hätte, daß die im Zeitpunkt des Beiseiteschaffens usw. vorhandenen Gläubiger sämtlich befriedigt werden, so daß nur die späteren Gläubiger das Nachsehen hätten. Daß auch dieses Ergebnis dem Rechtsgefühl widerspricht, dürfte außer Frage stehen. Nicht auf den Wechsel der Gläubigerschaft, sondern nur darauf ist abzustellen, ob der Täter die Befriedigung der gesamten Gläubiger vereiteln oder schmälern wollte, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob die damals vorhandenen oder andere an deren Stelle getretenen Gläubiger geschädigt werden. Dauert die Wirkung der Bankerotthandlung im Zeitpunkt der ZE. oder KE. noch fort, so liegt betrügerischer Bankerott vor, mag ein Gläubigerwechsel stattgefunden haben oder nicht. Hat der Täter die Folgen der Bankerotthandlung aber inzwischen beseitigt, z. B. das beseitigte Vermögensstück wieder zur Stelle geschafft oder die Buchführung in Ordnung gebracht, so entfällt die Strafbarkeit: nach der herrschenden Meinung deshalb, weil erst das zeitliche Zusammentreffen der Bankerotthandlung mit der ZE. oder KE. die Strafhandlung zur Entstehung gelangen läßt, nach der Theorie, die in der ZE. oder KE. ein Tatbestandsmerkmal erblickt, weil Rücktritt vom Versuch vorliegt (Frank § 239, V).

2. Der Angekl. hatte bei dem Offenbarungseid, den er als Vorstand der Friedrich K. AktG. geleistet hat, zwar das der AktG. gehörige Grundstück, nicht aber die auf seinem Grundstück zu deren Gunsten eingetragenen Grundschulden angegeben. Dadurch war allerdings der Vollstreckungsgläubiger insofern benachteiligt, als er in die Grundschulden nicht vollstrecken konnte, solange er das Grundbuch nicht eingesehen hatte. Insoweit kann man der Auffassung des RG., daß der Angekl. sein Vermögen nicht vollständig angegeben und einzelne Vermögensgegenstände (die Grundschulden) nicht ausdrücklich bezeichnet habe, beipflichten. Indes dürfte in einem solchen Falle wohl regelmäßig der Dolus zu verneinen sein, um so mehr, als sich auch die gegenteilige Auffassung vertreten läßt, daß der Schuldner durch die Angabe des mit den Eigentümergrundschulden belasteten Grundstücks genug getan hat, eine Auffassung, die ja in der angezogenen Entsch. (RGSt. 45, 429) tatsächlich vertreten ist.

3. Der Satz zu 3) entspricht der ständigen Rspr.

4. Bei Idealkonkurrenz ist die **Strafe** lediglich aus dem strengeren Gesetz zu entnehmen. Droht das durch das strengere Gesetz absorbierte mildere Gesetz indes Nebenfolgen an, die nicht unter den Begriff der Strafe fallen, z. B. die Einziehung, so ist nach der herrschenden Meinung gleichwohl auf diese zu erkennen. Nach der Rspr. des RG. stellt die Eidesunfähigkeit gemäß § 161 StGB. keine Strafe, sondern eine reine **Sicherungsmaßnahme** dar. So auch **Frank** vor § 13, II 5 und § 73, VI, 2.

RA. **Theodor Klefisch**, Köln.

Zu 15. Zu 1: Wenn auch für die Erklärungen der Prozeßbeteiligten in der Hauptverhandlung grundsätzlich das Mündlichkeitsprinzip gilt, so hat sich doch die Stellung eines Beweisantrages durch Überreichung von Schriftsätzen so sehr eingebürgert, daß die Formgültigkeit, mindestens wenn der Antragsteller einen entsprechenden mündlichen Hinweis auf die Bedeutung des Schriftsatzes macht, bejaht werden muß (vgl. **meinen Beweisantrag** S. 135). Die Bedenken, die hiernach gegen die Richtigkeit der vorl. Entsch. bestehen, werden dadurch nicht entkräftet, daß der Verteidiger bei der Überreichung des Schriftsatzes erklärt hatte, derselbe bilde eine Erläuterung des bereits erledigten Beweisantrags. Wenn der Verteidiger nach Ablehnung eines Beweisantrags eine schriftliche Erläuterung zu demselben überreicht, so bedeutet das, daß er auf Grund der ihm durch die Begründung des Ablehnungsbeschlusses bekanntgewordenen

Falle der Verurteilung für das Strafmaß von Bedeutung sei. Die StrK. hat beschlossen, die Frage nicht zuzulassen, weil sie „mit den zur Aburteilung gestellten konkreten Vorwürfen in keinem Zusammenhang steht“; soweit diese und ähnliche Fragen für das Strafmaß Geltung haben sollten, unterstelle das Gericht als wahr, daß der Angekl. die beiden Artikel in einer gewissen Erregung über eine von ihm persönlich angenommene finanzielle Mißwirtschaft geschrieben haben möge. Es kann sich nur darum handeln, ob die StrK. den Begriff „zur Sache gehörig“ i. S. des § 241 Abs. 2 StPO. verkannt habe. Die Rev. behauptet selbst keinen anderen Zusammenhang der Frage mit dem Gegenstand des Prozesses, als daß durch sie — was für das Strafmaß habe von Bedeutung sein können — der seelische Zustand des Angekl. zur Zeit der Tat in einer bestimmten Richtung habe klargestellt werden sollen. Es mag auf sich beruhen, ob diese Behauptung ausreichen könnte, jenen Zusammenhang herzustellen, zumal nicht behauptet ist, daß der Angekl. den Mietvertrag gekannt habe und durch ihn in die angebliche Erregung versetzt worden sei. Denn jedenfalls ist nicht einzusehen, wie das Urt. auf der Ablehnung der Frage beruhen könnte, da es gerade das, was durch die Beantwortung der Frage glaubhaft und verständlich gemacht werden sollte, zugunsten des Angekl. als wahr unterstellt hat.

(3. Sen. v. 15. Juni 1931; 3 D 280/31.) [A.]

16. § 261 StPO. Zur Bildung der richterlichen Überzeugung reicht nur an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit aus.†)

Nach § 261 StPO. entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien Überzeugung. Danach kann das Gericht, falls es zu einer Frage zwei Sachverständige, die sich in ihrem Gutachten widersprechen, vernommen hat, dem einen von ihnen beitreten und die Ansicht des anderen als unrichtig ablehnen. Doch hat das Gericht dann den Sachverhalt erschöpfend zu würdigen, wie er sich möglicherweise aus den sich widersprechenden Gutachten der beiden Sachverständigen ergibt. Hieran läßt es das angefochtene Urteil fehlen, möglicherweise deshalb, weil es zum großen Teil auf den Tatbestand des Urteils erster Instanz Bezug nimmt. Zunächst beschäftigt sich das Urteil gar nicht mit der Möglichkeit, ob nicht das zweite Erbrechen des Kindes auch dann eingetreten wäre, wenn die Narkose sofort abgebrochen worden wäre. Die Beantwortung dieser Frage mußte um so eher erfolgen, als Prof. Dr. Sch. in seinem Gutachten davon spricht, es sei in keiner Weise festzustellen, daß der Tod hätte vermieden werden können, wenn die Narkose sofort abgebrochen worden wäre, zumal er weiter davon ausgeht, daß das Erbrechen nicht in tiefer Narkose auftritt, daß es dem Angekl. daher habe richtiger erscheinen können, die Narkose schnell zu vertiefen. Die Erörterungen des Vorderrichters über diese Punkte waren unumgänglich, schon um die Frage der Verursachung des Todes einwandfrei zu beantworten. Die allgemeine Wendung im Vorderurteil die größere Wahrscheinlichkeit, sogar eine „annähernde“ Gewißheit für die Verhütung des Erstickungstodes habe im Falle der Unterbrechung der Narkose bestanden, genügt um so weniger, als nach der bisherigen Praxis des RG., der sich der Senat anschließt, zur Bildung der richterlichen Überzeugung nur eine „an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ ausreicht (RG. 58, 131; RG.: DRZ. 1927 Nr. 328; 1929 Nr. 75). Dies ist aber etwas anderes, als das LG. feststellt.

(1. Sen. v. 24. April 1931; 1 D 276/31.) [A.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 830 ZPO.; §§ 1145, 1151, 1152, 1113, 1115 BGB. Ist durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eine Hypothekenforderung „wegen und in Höhe“ gewisser Vollstreckungsbeträge gepfändet worden, so erstreckt sich die Pfändung, falls in den Vollstreckungsbeträgen auch Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt ab enthalten sind, entgegen der Fassung des Pfändungsbeschlusses nicht nur auf einen Teil, sondern auf die ganze Hypothek.†)

Der BeschwF. erwirkte gegen den Hausbesitzer K. in G. einen Beschl. des AG. in G. v. 4. Aug. 1930, durch den wegen und in

---

Ansicht des Gerichts den Beweisantrag mit neuer Begründung wiederholt oder auch ergänzt. Ob der Verteidiger von einer „Wiederholung“, „Ergänzung“ des früheren Antrags sprach, oder ob er sich des mißverständlicheren Ausdrucks „Erläuterung“ bediente, ist unbedingt gleichgültig, denn das Gericht, das das Schriftstück widerspruchslos entgegennimmt, muß von seinem Inhalt Kenntnis nehmen. Stellt es sich trotzdem auf den Standpunkt, daß der in dem Schriftstück enthaltene Beweisantrag nicht gestellt sei, so muß es mindestens diese Ansicht noch in der Verhandlung den Prozeßbeteiligten bekanntgeben, damit der Antrag notfalls ausdrücklich mündlich gestellt werden kann.

Zu 2: Das Urteil erklärt die unzulänglich begründete Zurückweisung einer Frage für unschädlich, weil das Gericht die Tatsache, auf die die Frage abzielte, als wahr unterstellt hatte. Wenn das RG. dies als Grundsatz anerkennen wollte, so müßte dem widersprochen werden. Die Wahrunterstellung hat im Gebiete des Fragerechts nichts zu suchen. Die Prozeßbeteiligten brauchen ihre Fragen nicht zu dem Zweck zu stellen, um eine bestimmte Tatsache zu beweisen; sie können die ganze Wissenschaft des Zeugen erforschen, sie können fragen, um durch die Antwort neue, ihnen vielleicht bisher unbekannte Tatsachen in Erfahrung zu bringen oder um neue Spuren zu entdecken. Die Wirkung der Antwort läßt sich schon deshalb weder im voraus noch, wenn die Frage zurückgewiesen war, rückschauend übersehen, weil der Frage vielleicht weitere Fragen gefolgt wären, deren Inhalt sich nach dem Inhalt der Antwort gerichtet hätte und die nun ebenfalls abgeschnitten sind. Deshalb zessiert das Fragerecht zwar, wenn die Frage nicht zur Sache gehört, nicht aber, wenn sie unerheblich ist (vgl. Löwe-Rosenberg, Anm. 5 zu § 241 StPO.), und ebenso nicht, wenn die zu beweisende Tatsache als wahr unterstellt wird. Mit Recht hat das Urt. des 2. Sen. v. 8. Juni 1931, 2 D 511/31, dargelegt, daß die Wahrunterstellung, wenn sie nach dem Willen des Gesetzgebers die Ablehnung des beantragten Beweiserhebungsaktes nicht rechtfertigt, auch nicht dazu führen kann, den in der Ablehnung liegenden Verfahrensmangel für einflußlos zu erklären. Schon die einmalige Abweichung von diesen Grundsätzen für einen besonderen Fall, wie sie sich im vorliegenden Urteil findet, muß als bedenklich empfunden werden.

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 16. Die Tatsache, daß der Tod durch die Nichtunterbrechung der Narkose herbeigeführt wurde, daß also Kausalität gegeben ist, war im Urteil ausdrücklich (§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO.) oder durch „genauen und zweifelfreien“ Hinweis auf die Gründe (nicht „den Tatbestand“) des Urteils erster Instanz (RGSt. 59, 78, 427) festzustellen. Ob aber „Erörterungen“ über die Annahme der Kausalität erforderlich waren, kann zweifelhaft sein. § 267 Abs. 1 StPO. fordert nur Angabe der Tatbestandsmerkmale, durch bloße Sollvorschrift auch der Indizien, nicht aber der für die Beweiswürdigung maßgeblichen Gründe. Erst der Entw. z. EGStGB. verlangt Ausführungen darüber, „welche Tatsachen für die Bildung der Überzeugung des Gerichts maßgebend waren“. Auch nach dem geltenden Recht muß jedoch aus dem Urteil erkennbar sein, daß überhaupt eine Beweiswürdigung stattgefunden hat: § 261 StPO. fordert eine aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfte „Überzeugung“, nicht bloß einen aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften „Eindruck“. Die Überzeugung unterscheidet sich aber von dem Eindruck dadurch, daß sie durch Gründe geleitet ist. Daß Gründe, nicht ein bloßer Eindruck vorliegen, ist im vorliegenden Fall aus der „allgemeinen Wendung“ des Urteils der ersten Instanz nicht zu entnehmen. Als Ergebnis der Beweiswürdigung genügt ferner nicht die „größere Wahrscheinlichkeit“ der Schuld als der Unschuld, sondern nur eine „an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit“. Davon dürfte sich freilich die „annähernde Gewißheit“ des in der vorliegenden Entsch. aufgehobenen Urteils nur durch die Formulierung unterscheiden.

Prof. Dr. Gustav Radbruch, Heidelberg.

Zu 1. Der auch methodisch recht interessante Beschluß behandelt die praktisch wesentliche Frage nach den Rechtsfolgen, die sich ergeben, wenn eine Hypothekenforderung wegen und in Höhe gewisser zahlenmäßig nicht festgelegter Forderungen gepfändet wird. Dieser Tatbestand verwirklicht sich verhältnismäßig oft namentlich dann, wenn — wie im vorl. Falle — nur der Anfangstermin, nicht aber der Endzeitpunkt, für die Verzinsung der vollstreckbaren Forderung kalendermäßig feststeht.

Es fragt sich zunächst, ob in einer solchen Pfändung eine Teilpfändung zu sehen ist. Diese Frage bejaht der Senat mit Recht. Als solche wäre, wie der Beschluß überzeugend darlegt, die Pfändung nicht zulässig: das unbedingt festzuhaltende Erfordernis ziffermäßiger Bestimmtheit des gepfändeten Teils wäre nicht erfüllt. Das Problem liegt nun darin: ist mit Rücksicht auf das erwähnte Bedenken eine solche Pfändung nicht nur unzulässig, sondern auch wirkungslos? Oder aber erstreckt sich entgegen dem Wortlaut des Pfändungsbeschlusses die Pfändung auf die ganze Hypothekenforderung? So die Alternative, wie der Beschluß sie sieht — ohne jedoch die vor-

Höhe des dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden vollstreckbaren Anspruchs von noch 41,58 *RM* nebst 5% Zinsen seit dem 26. Mai 1929 und 11,81 *RM* entstandener Kosten und 0,60 *RM* Kosten des Beschlusses sowie der Kosten für die Zustellung des Beschlusses die angebliche Forderung des Schuldners an den Lehrer R. in W., für welche auf Bl. 227 W. in Abt. III für den Schuldner eine Restkaufgeldhypothek von 2000 *RM* nebst 8% Zinsen eingetragen ist, gepfändet wurde. Der Antrag des BeschwF., die Pfändung bei der auf Bl. 227 von W. in Abt. III unter Nr. 4 eingetragenen Restkaufgeldhypothek von 2000 *RM* einzutragen, wurde von dem Grundbuchrichter beanstandet, da der Betrag, bis zu welchem die Hypothek gepfändet sei, aus dem Pfändungsbeschlusse nicht hervorgehe und mithin die Pfändung wegen Unbestimmtheit des gepfändeten Teilbetrages der Hypothek nicht erfolgen könne. Der Grundbuchrichter verlangte, daß im Pfändungsbeschlusse ein bestimmter Teilbetrag der Hypothek, der gepfändet ist, angegeben werde. Die von dem Antragsteller hiergegen eingelegte Beschwerde hatte keinen Erfolg. Eine von dem Antragsteller eingelegte weitere Beschwerde wurde durch Beschl. des Senats v. 20. Nov. 1930 als unzulässig verworfen. Die jetzt dem Senat zugeleitete, der Formvorschrift entsprechende weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der Vorentscheidung.

Nach § 830 Abs. 1 Satz 2 ZPO. ist zur Pfändung einer Forderung, für die eine Buchhypothek besteht, die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich. Die Eintragung erfolgt, wie dort weiter bestimmt ist, auf Grund des Pfändungsbeschlusses. Dies bedeutet nicht, wie der BeschwF. anzunehmen scheint, daß das GBA. auf Grund des erlassenen Pfändungsbeschlusses stets und ohne weiteres die Eintragung der Pfändung vorzunehmen habe. Voraussetzung für die Eintragung ist vielmehr, daß der Inhalt des Pfändungsbeschlusses die Eintragung ermöglicht. Wäre die Ansicht der Vorinstanz richtig, daß durch den amtsgerichtlichen Beschl. v. 4. Aug. 1930 die Pfändung eines Teils der Buchhypothekenforderung Abt. III Nr. 4 wirksam angeordnet sei, so hätte der Grundbuchrichter mit Recht die Angabe des bestimmten Teilbetrages der Forderung, der gepfändet ist, in dem Pfändungsbeschlusse verlangt. Denn die Pfändung eines Teilbetrages einer Hypothekenforderung bewirkt, wie auch in der Rspr. und im Schrifttum allgemein anerkannt ist (KGJ. 24, A 132; 27, A 151; *Planck*[4] § 1151 A. 1; *Güthe-Triebel*[5] § 61 A. 4; *Predari*[2] § 64 A. 1), eine Teilung dieser Forderung, indem sie die bisher einheitliche Forderung in zwei Teile zerlegt, die im Verhältnisse zueinander durch ihre rechtlichen Beziehungen und durch die Art und den Umfang der damit verbundenen Rechte sich als gesondert darstellen. Die nach §§ 1145, 1151, 1152 BGB. grundsätzlich zugelassene Teilung der Hypothekenforderung erfordert aber, daß die Teile, in welche die Forderung zerlegt wird, bestimmt sind, und zwar so, daß sie sich über genau abgegrenzte Teilbeträge des Geldbetrages der ursprünglichen Forderung verhalten.

Dies folgt aus den verschiedensten Erwägungen.

Durch die Teilung der Hypothekenforderung entstehen mehrere selbständige Teilhypotheken (RG. 75, 240[1]); *Predari* § 61 A. 1 Abs. 2; *Planck* § 1151 Anm. 3). Für diese muß daher, wenn die Teilung in das Grundbuch eingetragen wird, entsprechend den Vorschriften der §§ 1113, 1115 BGB. die bestimmte Geldsumme, welche auf Grund der einzelnen Teilhypothek zur Befriedigung der durch sie gesicherten Teilforderung aus dem Grundstück zu zahlen ist, aus dem Grundbuche hervorgehen. Nur so wird dem das Liegenschaftsrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatze genügt. Bei Briefhypotheken kann der Gläubiger der einzelnen Teilhypothek außerdem gem. § 1152 BGB. die Erteilung eines Teilbriefes verlangen. Nach § 61 Abs. 2 GBO. muß aber der Teilbrief den Teilbetrag der Hypothek, auf den er sich bezieht, bezeichnen. Das Gesetz geht also davon aus, daß die Teilhypothek über einen bestimmten Teilbetrag des Geldbetrages der ursprünglichen Hypothek zu lauten habe. Schließlich erfordern auch die Rechtsfolgen, die sich bei einer durch die gesonderte Belastung eines Teils einer Hypothek vorgenommenen Teilung nach §§ 876, 877 BGB. für die Aufhebung oder die Inhaltsänderung der Teilhypotheken ergeben, eine bestimmte ziffernmäßige Abgrenzung der Teile, da sonst eine Entsch. darüber nicht möglich ist, wann zur Aufhebung oder Inhaltsänderung die Zustimmung des Dritten, mit dessen Rechte ein Teil der Hypothek belastet ist, notwendig ist. Aus diesen Erwägungen ergibt sich mithin der vom KG. bereits in dem Beschlusse KGJ. 24, A 132 aufgestellte Rechtssatz, daß eine Teilung einer Hypothek ohne bestimmte Teile nicht buchungsfähig ist, daß daher auch die Pfändung einer Hypothek, welche sich auf einen nicht bestimmten Teilbetrag bezieht, nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann.

Der vorliegende Pfändungsbeschluß bringt, darin ist den Vorinstanzen beizupflichten, seiner Fassung nach eine Teilpfändung zum Ausdruck, denn die Pfändung der durch die Hypothek gesicherten Forderung wird nur „in Höhe" der angegebenen Vollstreckungsbeträge angeordnet. Eine Pfändung dieser Art ist von dem Senat schon in früheren Entsch. (KGJ. 28, A 126, bes. 131; HöchstRRspr. 1930 Nr. 1165) als Teilpfändung beurteilt worden. Das Besondere einer solchen Pfändung liegt darin, daß nicht unmittelbar ein bestimmter ziffernmäßig ausgeschriebener Teil der Hypothekenforderung gepfändet wird, sondern der gepfändete Teil der Hypothekenforderung nach der Summe der Beträge bestimmt wird, wegen deren die Pfändung erfolgt. Dies würde auch bei Beachtung der oben wiedergegebenen Grundsätze nichts schaden, wenn der Beschluß dahin zu verstehen wäre, daß ein solcher Teilbetrag der Hypothekenforderung gepfändet wird, der der Summe der vollstreckbaren *Kapital*beträge entspricht. Es ist jedoch davon auszugehen, daß ein Pfändungsbeschluß, der „wegen und in Höhe" nachfolgender Beträge die Pfändung einer Hypothekenforderung anordnet, in diesem Punkte einheitlich zu verstehen ist, so daß der Betrag, wegen dessen gepfändet wird, und der Betrag, in dessen Höhe die Hypothekenforderung gepfändet wird, derselbe ist. Da nun der Betrag, wegen dessen die Pfändung angeordnet wird, sich u. a. nicht nur aus dem Kapitalbetrage des vollstreckbaren Anspruchs von 41,58 *RM*, sondern auch aus dem Betrage der seit dem 26. Mai 1929 fälligen Zinsen zusammensetzt, so bestimmt sich auch der gepfändete Teil der Hypothekenforderung nach der um die Zinsen des Anspruchs von 41,58 *RM* zu erhöhenden Gesamtsumme der Kapitalbeträge der Vollstreckungsforderungen. Damit wird der gepfändete Teil der Hypothekenforderung nicht ziffernmäßig bestimmt bezeichnet, da der Betrag der Zinsen ständigen Veränderungen unterworfen ist. Die Heranziehung der Zinsen der Hauptvollstreckungsforderung zur Bestimmung des Betrages des gepfändeten Teils der Hypothekenforderung macht also diesen zu einem unbestimmten und daher die Eintragung der Pfändung als Teilpfändung unzulässig. Die Annahme, daß wegen dieser Unbestimmtheit des gepfändeten Teils die Pfändung nicht nur nicht eintragbar, sondern auch wirkungslos sei, ist jedoch mit einem geordneten Rechtsverkehr nicht vereinbar, da die hier gewählte Fassung des Pfändungsbeschlusses weit verbreitet ist und auch im wesentlichen dem preuß. Vordruck entspricht. Will man aber nicht dem ganzen Pfändungsbeschluß die Wirksamkeit absprechen, so bleibt nur der Ausweg, die Pfändung für wirksam angeordnet zu erachten, aber die gewollte Beschränkung der Pfändung auf einen Teil der Hypothekenforderung wegen der Unmöglichkeit, den Teil in grundbuchmäßiger Bestimmtheit auszuscheiden, für unwirksam zu erklären. Der Senat hält das Beschreiten dieses Auswegs für geboten. Dies führt zu dem Standpunkte, daß die Pfändung sich entgegen ihrer Fassung in Wahrheit auf die *ganze* Hypothek erstreckt. Wird

handenen Möglichkeiten zu erschöpfen. Zu prüfen wäre vielmehr noch gewesen, ob eine solche Pfändung vielleicht zwar unzulässig, aber wenn vorgenommen, dann als Teilpfändung noch wirksam sei, und ob, falls man dies verneint, die Pfändung vielleicht nur hinsichtlich des ziffermäßig unbestimmten Teils unwirksam sei. Hätte das KG. alle diese Möglichkeiten untersucht, so hätte es sich wahrscheinlich nicht auf den „Ausweg" drängen lassen, den der vorliegende Beschluß beschreitet.

Als Begründung gibt die Entsch. an, die ihr Ergebnis ablehnende Meinung sei „mit einem geordneten Rechtsverkehr nicht vereinbar, da die hier gewählte Fassung des Pfändungsbeschlusses weit verbreitet ist und auch im wesentlichen dem preuß. Vordruck entspricht". Diese das Ergebnis würdigende Methode ist gewiß zu begrüßen, aber zugleich zeigt der Fall deutlich die Gefahren, die bei einer nicht genügend eingehenden Untersuchung der Interessenlage auftauchen. Entsprechend seiner vorwiegenden Beschäftigung mit Grundbuchsachen sieht der Senat zwar die in dieser Hinsicht bestehenden Schwierigkeiten mit großer Klarheit. Dagegen wird mit keinem Wort der Unzuträglichkeiten gedacht, die sich für den Vollstreckungsschuldner ergeben, wenn, um dem Gläubiger ein Zugriffsrecht hinsichtlich 5% Zinsen (bei einem Objekt von 41,58 *RM*!) zu gewähren, entgegen Wortlaut und Sinn des Pfändungsbeschlusses eine Hypothekenforderung von 2000 *RM* in *vollem* Umfange gepfändet wird. Wo bleibt die Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung, die im Verbot der Überpfändung (§ 803 ZPO.) enthalten ist? (Dazu *Stein-Jonas* § 803 Anm. III). Wie will man das Vertrauen des Volkes erhalten, wenn ihm gesagt wird, ein solcher Gerichtsbeschluß bedeute in Wahrheit etwas ganz anderes, als was in ihm steht? Eine derartige Auslegung ist äußerst gefährlich!

Vor allem war sie nicht nötig. Entgegen den Ausführungen des Beschlusses blieb ein anderer Ausweg, den leider die Gründe nicht erwägen, obwohl er doch viel näher gelegen hätte. Die Schwierigkeit des Falls wird durch den *unbestimmten* Teil der vollstreckbaren Forderung hervorgerufen; sollte man nicht den Pfändungsbeschluß in seine Bestandteile auflösen und so zu dem Ergebnis kommen, daß die Pfändung wegen des bestimmten Teils zulässig und wirksam sei? Nur hinsichtlich des Zinsanspruchs, soweit er nicht schon bis zum Tage der Eintragung entstanden ist, wäre aus grundbuchrechtlichen Erwägungen die Eintragung abzulehnen.

Es ist zu hoffen, daß der Senat recht bald Gelegenheit nimmt, seine Ausführungen in diesem Sinne nachzuprüfen. Dabei dürfte auch schärfer, als dies in einzelnen Sätzen des Beschlusses geschieht, zwischen Unzulässigkeit der Eintragung und Unwirksamkeit der (mit Hilfe ordnungswidriger Eintragung vollzogenen) Pfändung zu scheiden sein.

Prof. Dr. Rühl, Mannheim.

[1]) JW. 1911, 409.

der Pfändungsbeschluß hinsichtlich seiner rechtlichen Bedeutung so verstanden, so liegt das vom Grundbuchrichter angenommene Eintragungshindernis nicht vor, so daß das mit der Zwischenverfügung aufgestellte Verlangen unbegründet ist.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 26. März 1930, 1 X 148 31/1.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Streubel, Neiße (OSchl.).

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin. I. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. § 826 BGB.; § 7 AnfG. Ansprüche einer geschiedenen Frau, wenn der Mann die Vollstreckung der Unterhaltsrente, insbesondere bei Neuverheiratung, vereitelt. †)

Die geschiedene Frau A. will auf Grund der Behauptung, daß sie seit Mai 1930 vergeblich eine Unterhaltsrente von wöchentlich 23 RM gegen ihren früheren Ehemann zu vollstrecken suche, Anfechtungsklage gegen die jetzige Frau ihres Mannes erheben. Sie trägt vor, daß ihr Mann im Juli 1930 den Offenbarungseid geleistet habe. Während er bis Mai 1930 als Angestellter des Optikers R. zuletzt mit einem Jahresgehalt von 5450 RM, die Antragsgegnerin bis Sept. 1929 als Kassiererin bei R. mit einem Jahresverdienst von 3197 RM tätig gewesen sei, hätten beide, nachdem sie im Okt. 1929 geheiratet hätten, im Juni 1930 in Berlin ein Optikergeschäft eröffnet. Die Antragstellerin behauptet, daß die Firma auf den Namen der Frau gehe, während der Mann in Wirklichkeit der Unternehmer sei. Sie beabsichtigt, Klage auf Feststellung und Zahlung zu erheben.

Die von ihr geplante Klage ist als ein sich in Berlin häufig in ganz ähnlicher, in den hier wesentlichen Umständen sogar gleicher Weise wiederholender Prozeß anzusprechen. Wesentlich darin ist, daß ein geschiedener Ehemann, der zur Zahlung einer Rente an seine Frau verpflichtet ist, wiederum heiratet und es gemeinsam mit seiner zweiten Frau unternimmt, sich völlig unpfändbar zu machen und so die Vollstreckung der Unterhaltsansprüche der früheren Frau zu vereiteln. Dieses Ziel wird entweder so erreicht, daß der Ehemann, wenn er schon vorher gewerblicher Unternehmer war, den Gewerbebetrieb an seine zweite Frau veräußert und nun als deren Angestellter erscheint, meist unter ausdrücklichem Verzicht auf jeden Lohnanspruch, oder, daß er, wenn er, wie hier, vorher Angestellter war, sich in der Weise selbständig macht, daß das neue gewerbliche Unternehmen auf den Namen seiner zweiten Frau begründet wird.

In beiden Fällen ist es vielfach unmöglich, das Klagevorbringen der geschiedenen Frau als nach dem AnfG. schlüssig, geschweige denn den Anfechtungsanspruch als begründet anzusehen. Denn im Falle der Veräußerung des Geschäftes an die zweite Frau kann nach RG. 70, 226[1]) angefochten werden immer nur die Veräußerung einzelner zu dem Unternehmen gehöriger Inventarstücke, die zu bezeichnen dem Anfechtungskl. meistens gar nicht oder nur schwer möglich ist. Aber selbst wenn die Bezeichnung gelingt, sind die betreffenden Sachen vielfach unpfändbar, ganz minderwertig oder nicht mehr vorhanden. Nur selten sind die Voraussetzungen dafür gegeben, daß der Anfechtungskl. aus § 7 AnfG. den nach der Rspr. des RG. ausnahmsweise zugebilligten Anspruch auf Geldzahlung schlüssig vortragen oder beweisen kann. Noch viel schwieriger ist es, den Anfechtungsanspruch in den Fällen zu begründen, daß der Anfechtungsschuldner aus seinem Vermögen gar nichts weggibt, wenigstens nicht in einer mit den Vorschriften des AnfG. faßbaren Weise weggibt, sondern etwa sein Angestelltenverhältnis aufgibt und zusammen mit einer anderen Person ein neues gewerbliches Unternehmen gründet, bei dem er aber gar nicht als Inhaber, sondern nur als Angestellter erscheint. In solchen Fällen die Anfechtungskl. schutzlos zu lassen, verstößt stark gegen das Rechtsempfinden, mag auch die Ablehnung eines Armenrechtsgesuches oder die Abweisung einer Klage formaljuristisch durchaus zutreffend begründet sein. Es kann aber unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, daß Vollstreckungen in dieser Weise vereitelt werden.

Eine Ablehnung des Armenrechtsgesuchs der Antragstellerin erscheint aber in dem zur Entsch. stehenden Falle keinesfalls haltbar, weil die Antragstellerin jedenfalls jetzt ihr Vorbringen so vervollständigt und ergänzt und ihrem Antrag eine solche Form gegeben hat, daß ihre Rechtsverfolgung unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. nicht aussichtslos erscheint. Sie behauptet, daß ihr früherer Ehemann gelernter Optiker ist, aber seine jetzige Frau, die Antragsgegnerin, von technischen Dingen dieser Art nichts versteht und es der wirklichen Lage der Dinge nicht entspricht, wenn die Frau als Inhaberin der Firma erscheint. Sie trägt vor, daß ihr früherer Mann und seine jetzige Frau sich zusammengetan hätten, um ihr in

---

Zu 1. Im Rahmen einer Anm. ist die erschöpfende Behandlung des schwierigen Problems kaum möglich.

Auszuscheiden ist der dem Beschlusse nicht zugrunde liegende Fall, daß der vermögenslose Ehemann nach außen Geschäftsinhaber ist, wozu er von seiner Frau die Mittel erhält. Hier kann die Ehefrau auf Grund unerlaubter Handlung (§ 826 BGB.) gegenüber den geschädigten Geschäftsgläubigern haften (JW. 1917, 37[4]); die gegeschiedene Ehefrau kann aber aus diesem Gesichtspunkt keine Ansprüche ableiten, da ihr Anspruch nicht infolge der Geschäftsführung des Mannes entsteht.

Für den der Entsch. zugrunde liegenden Fall, daß der vermögenslose Mann das Geschäft auf den Namen der Frau führt, ist die Rspr. zu den auf dem verwandten Gebiete liegenden Lohnschiebungsverträgen heranzuziehen.

Die Rspr. des RG. geht davon aus: kein Gläubiger habe ein Recht darauf, daß der Schuldner seine Erwerbstätigkeit in einer Art und Weise ausübe, daß der Gläubiger die Hand auf die Früchte seiner Tätigkeit legen könne; der Gläubiger könne demgemäß nicht beanspruchen, daß sein Schuldner seine für den Gläubiger günstige Erwerbstätigkeit fortsetze (RG. 69, 59 = JW. 1908, 308; 70, 230 = JW. 1909, 202; 81, 41 = JW. 1913, 198; LZ. 1912, 560[8], 686[13]; 1914, 391[11]; 1915, 542[33]; JW. 1912, 689[13]); dieser Ansicht haben sich insbes. auch Jaeger angeschlossen (Jaeger, KO. Anm. 35 zu § 29 und LZ. 1914, 1065 ff.), sowie das KG. in einer früheren Entsch.: OLG. 21, 90; OLG. Düsseldorf: JW. 1930, 648[4]; OLG. Hamburg: JW. 1931, 1623[2]; RArbG.: Ztschr. für Konkurs- und Treuhandwesen 1930, 194.

Für unwirksam erklärt sind die Lohnschiebungsverträge vom OLG. Düsseldorf: Recht 1912 Nr. 2840; SeuffArch. 70, 22 Nr. 13; OLG. Düsseldorf: OLGRspr. 26, 402; OLG. Hamm: OLGRspr. 26, 405; OLG. Köln: JW. 1930, 569[19]; OLG. Hamm: JW. 1930, 3104[1]; OLGRspr. KG. 28, 20; 41, 139; LG. Kottbus: JW. 1928, 3066[7]; LG. Aachen: JW. 1929, 1507[1].

Von dem Standpunkt des RG. aus wird auch die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbenachteiligung nach dem AnfG. verneint.

Der lebhaft bekämpfte Ausgangspunkt dieser Rspr. des RG. kann nicht als richtig anerkannt werden.

Es braucht dabei die Frage gar nicht darauf abgestellt werden, daß durch die Abänderung des LohnbeschlG. das Existenzminimum für den Schuldner wesentlich erhöht worden sei (so OLG. Düsseldorf: LZ. 1914, 692[1]). War oder ist dasselbe zu niedrig, so muß es durch die Gesetzgebung erhöht werden; das LohnbeschlG. ist aber im öffentlichen Interesse geschaffen und kann nicht vom Schuldner unter Mitwirkung Dritter zum Schaden der Gläubiger umgangen werden (so auch Bem. von Oertmann: JW. 1930, 569).

Ganz abgesehen von dem nur einen Programmsatz darstellenden Art. 163 RVerf., wonach jeder Deutsche seine geistige und körperliche Kraft so zu betätigen hat, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert, beruht § 361 Abs. 1 Ziff. 10 StGB. auf der Verpflichtung zur Arbeitsleistung zugunsten der Personen, denen gegenüber der Schuldner unterhaltspflichtig ist (JW. 1928, 3066[7]; 1931, 1393[41]).

Abgesehen von dieser für die geschiedene Ehefrau zur Anwendung kommenden Bestimmung kann allerdings der Schuldner zur Arbeit nicht gezwungen werden; wenn er aber Arbeit leistet, so hat er dafür Entgelt zu beanspruchen, und wenn er dieses dadurch verschiebt, daß er durch Vertrag mit dem Dienstberechtigten den pfändbaren Teil des Entgeltes anderen Personen, insbes. seiner jetzigen Ehefrau, zuwendet, verschiebt er nicht seine Arbeitskraft, die übrigens gerade in der heutigen Zeit das hauptsächlichste Kapital darstellt, sondern das Entgelt für dieselbe.

Lohnschiebungsverträge sind deshalb Scheinverträge, an deren Stelle das verdeckte Rechtsgeschäft tritt (§ 117 BGB.); sie erzeugen deshalb einen direkten Anspruch gegen den mitwirkenden Dritten, der nur den Schuldner selbst aber nicht den vorgeschobenen Lohnempfänger als seinen Angestellten haben will. Es kann deshalb auch nicht eingewendet werden, daß der Lohnanspruch überhaupt nicht in der Person des Schuldners entstanden sei, weil der Schuldner keinen Vermögensgegenstand verschiebe, sondern nur einen Erwerb ablehne. Solche Verträge verstoßen auch gegen die guten Sitten und verpflichten den mitwirkenden Dritten auch zum Schadenersatz (§ 826 BGB.).

Auch daß die Lohnschiebungsverträge ernstlich gemeint sein können, ist unerheblich, denn die Scheinnatur des Vertrages und die Absicht der Umgehung des Gesetzes liegen gerade darin, daß dem Schuldner ein Vermögensvorteil dadurch erhalten werden soll, daß er ihm zum Schein entzogen wird (so Stein-Jonas, ZPO., Bem. V nach § 850).

Es kann die Frage auch nicht darauf abgestellt werden, ob durch den Lohnschiebungsvertrag dem Schuldner ein zwar über das gesetzlich bestimmte Existenzminimum hinausgehender, aber nicht übermäßiger Betrag gesichert werde (so LG. Limburg: JW. 1924, 108[4]; RArbG.: KonkTrW. 1930, 63; KG.: JW. 1930, 1508[1]; OLG. Dresden: LZ. 1914, 692[1]; RArbG.: JW. 1930, 3115[5] mit Bem. von Oertmann und 1931, 2191[2], sondern es kann auf

[1]) JW. 1909, 202.

einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zuzufügen. In vollem Einklang damit steht die behauptete und unter Beweis gestellte Äußerung des Mannes die mit Beziehung auf die von der Antragstellerin auf Erhöhung ihrer Rente gerichtete Klage erfolgte: „Das hört aber bald auf. Wenn ich demnächst heirate, lasse ich alles auf meine Frau umschreiben." Als kurz nach der Gründung des Geschäfts von der Antragstellerin ein weiterer Vollstreckungsversuch gemacht wurde, leistete nach der Behauptung der Antragstellerin ihr früherer Mann den Offenbarungseid.

Der Senat hat in einer Reihe von Entsch. in ähnlichen Fällen den Standpunkt eingenommen, daß ein derartiges Zusammenwirken zweier Personen, das auf Vollstreckungsvereitelung hinzielt, gegen die guten Sitten verstößt und unter Umständen den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt (vgl. insbes. das Urt. des beschließenden Senats v. 23. Mai 1930, 6 U 14 848/29; v. 20. Juni 1930, 6 U 8791/29; ferner v. 30. Jan. 1931, 6 U 12 527/30). Insbes. hat der Senat in dem letzten Urteil ausgesprochen, daß es in hohem Grade dem Rechtsgefühl aller anständig denkenden Menschen widerspricht, daß ein Ehemann sich unpfändbar macht und damit die Versuche der Frau, die ihr gerichtlich zugesprochene Unterhaltsrente zu vollstrecken, durchkreuzt. In derartigen Fällen mag an sich auch der Tatbestand des § 3 Ziff. 1 AnfG. gegeben sein. Nach der Rspr. des RG. liegt aber dann nur ausnahmsweise auch eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. vor, nämlich nur dann, wenn noch ganz besondere Momente hinzukommen, die über die Tatbestände des AnfG. hinaus die Handlungen als unerlaubte kennzeichnen (RG. 69, 143 [2]), Urt. des 7. ZivSen. v. 28. April 1908: 74, 224 [3]), Urt. des 6. ZivSen. v. 19. Sept. 1910; Jäger, AnfG. § 1, II Anm. 10). Als solche Umstände kommen in Frage das Zusammenwirken der Anfechtungsbekl. mit dem Anfechtungsschuldner (während nach Ziff. 1 des § 3 AnfG. nur Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Anfechtungsschuldners erfordert wird), weiterhin aber auch die durchgeführte Absicht des Anfechtungsschuldners, sich seines ganzen pfändbaren Besitztums zu entledigen und ferner auch der Umstand, daß die wirklich wirtschaftliche Lage den gewählten Rechtsformen nicht entspricht.

Solche Umstände sind hier von der Antragstellerin schlüssig behauptet. Sie hat auch weiter vorgetragen, daß ohne die unerlaubten oder anfechtbaren Machenschaften die Vollstreckung der Rente in das Vermögen ihres Mannes ganz oder teilweise erfolgreich gewesen wären. Deshalb stände ihr, wenn ihre Behauptungen zuträfen, gegen die jetzige Frau ihres früheren Mannes als Gesamtschuldnerin ein Anspruch auf Zahlung der rückständigen und bis zum Urteil fällig werdenden Unterhaltsbeträge zu. Die Erhebung einer Klage mit einem dementsprechenden Antrage ist nicht aussichtslos. Einer Erörterung, ob auch der in zweiter Reihe gestellte Antrag, der der Bestimmung des § 7 AnfG. angepaßt ist, bedarf es nicht; als aussichtslos ist aber auch der Hilfsantrag nicht ohne weiteres zu bezeichnen, zumal die Antragstellerin ganz offenbar ihre Klage auf alle in Frage kommenden Gesetzesvorschriften, also insbes. sowohl auf § 826 BGB., als auch auf die Vorschriften des AnfG. stützen will.

(KG., 6. ZivSen., Beschl. v. 27. Febr. 1931, 6 W 1080/31.)

Mitgeteilt von KGR. Keil, Berlin.

*

2. §§ 929, 933, 1006 BGB. Sicherungsübereignung. Erfordernis der bestimmten Bezeichnung der zu übereignenden Gegenstände. Rolle der Vermutungen des § 1006 BGB. bei der Sicherungsübereignung. †)

Die Kl. ließ sich im August 1928 zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen A. einen entsprechenden Teil von dessen Warenlager, nämlich, wie es im schriftlichen Vertrage wörtlich heißt, „die im nachstehenden Verzeichnis aufgeführten Waren" zu Eigentum übertragen. Die Besitzübergabe wurde dadurch ersetzt, daß A. die Waren für die Kl. in Verwahrung nahm. Im Vertrage war gesagt: „Die Waren sind auszusondern und gesondert zu verwahren. Das Eigentum der Kl. ist hierbei äußerlich kenntlich zu machen."

Grund Pfändung des pfändungsfähigen Lohnguthabens des Schuldners auf Grund unerlaubter Handlung der Arbeitgeber aber auch der begünstigte Dritte, zumeist die Ehefrau des Schuldners auf Grund rechtloser Bereicherung und unerlaubter Handlung zur Zahlung des die pfandfreie Grenze übersteigenden Lohnes herangezogen werden. Erhebt derjenige, dem der Lohn zugewendet wird, Widerspruchsklage gegen die Pfändung, so steht ihm die Einrede der Arglist nach § 826 BGB. entgegen.

Alles dies trifft auch zu, wenn dem Schuldner nur ein den unpfändbaren Teil nicht übersteigendes Entgelt zugesichert wird, einem anderen Angehörigen desselben, der ebenfalls angestellt wird, aber ein höherer Gehaltsanspruch, der tatsächlich dem Schuldner zufließen soll (KG.: JW. 1930, 1508 [1] mit Bem. von Oertmann).

Diese Grundsätze müssen auch zur Anwendung kommen, wenn der Schuldner das Geschäft seiner Ehefrau unentgeltlich führt (a. M. aber unzutreffend LArbG. Görlitz: HöchstRRspr. 1930 Nr. 22), und es muß von ihnen auch bei der der Entsch. zugrunde liegenden Frage ausgegangen werden.

Die Anfechtung auf Grund des AnfG. kann allerdings nicht wegen Veräußerung eines Geschäftes als solchen, sondern nur wegen Veräußerung bestimmter Vermögensgegenstände erfolgen (RG. 70, 227 = JW. 1909, 202); allein wenn zu dem Anfechtungstatbestand noch das besondere Merkmal der Unsittlichkeit tritt, liegt Nichtigkeit vor (RG. 74, 224 = JW. 1910, 939 [16]; JW. 1904, 499 [32]); OLG. Celle: LZ. 1917, 290 [8]).

Es kann sich auch aus der fiduziarischen Übertragung eines Geschäftes ein Anspruch aus rechtloser Bereicherung ergeben (RG.: JW. 1926, 2571 [5] und die Bem. von Hoeniger).

Nun kann allerdings mit der Führung des Geschäftes auf den Namen eines anderen möglicherweise der erlaubte Zweck erstrebt werden, daß ein Geschäftsmann, der im Leben keinen Erfolg hatte, sich ernstlich wieder hinauszuarbeiten sucht, und deshalb können auch Treuhandverhältnisse zwischen Ehegatten zulässig sein (Staub, HGB., Anm. 31 nach § 361, 94a zu § 368; RG. 84, 304 = JW. 1914, 638; KonkTrW. 1929, 86).

Dieser Gesichtspunkt trifft aber nicht zu, wenn ein Ehemann, um seiner geschiedenen Ehefrau den Unterhalt zu entziehen, das in Wirklichkeit ihm gehörige Geschäft auf den Namen seiner Frau führt (RG. 69, 45; JW. 1913, 32 [16]; insoweit auch zustimmend RArbG.: KonkTrW. 1930, 164). In diesem Falle haftet die jetzige Ehefrau des Schuldners, die mit dem Ehemanne zu diesem Zwecke zusammenwirkt, zum mindesten auf den Betrag des geschäftlichen Erträgnisses, der den bescheidenen Unterhalt der Familie des Ehemannes übersteigt (so OLG. Augsburg: BayRpflZ. 1925, 259).

Auch strafrechtlich trifft den Ehemann die Verantwortlichkeit beim Geschäftsbetrieb auf den Namen seiner Frau (RGSt. 25, 121; 26, 187; 29, 103; 49, 322; JW. 1916, 1282 [3]).

Die Ehefrau haftet auch nach § 419 BGB., wenn sie das das gesamte Vermögen des Ehemannes darstellende Geschäft desselben übernommen hat, für die zu diesem Zeitpunkte bereits begründete Unterhaltspflicht des Ehemannes, und zwar m. E. auch für die nach der Vermögensübernahme fällig werdenden Unterhaltsbeträge, wenn dieselben auch nach § 3 Abs. 2 KO. im Konkurs des Ehemannes für die Zukunft nicht geltend gemacht werden können.

Wird das Geschäft nur zum Schein auf den Namen der Ehefrau betrieben, so kann deren Haftung ohne weiteres geltend gemacht werden (dahinstellend RG. 50, 124).

Handelt es sich um ein neues Geschäft, das von der Ehefrau des Schuldners mit eigenen Mitteln ernstlich neu errichtet wird, so kann die geschiedene Ehefrau allerdings aus diesem Gesichtspunkt allein keinen Anspruch ableiten (RG. 67, 48; OLG. Hamburg: JW. 1931, 1623 [2] mit Bem. von Langenbach). Allein auch in diesem Falle haftet die jetzige Ehefrau des Schuldners, welche ihrem Ehemanne kein Entgelt für seine Arbeitstätigkeit gewährt, der geschiedenen Ehefrau ebenfalls bis zur Höhe des angemessenen Entgeltes, soweit dasselbe nach den Bestimmungen des LohnbeschlG. zugunsten der geschiedenen Ehefrau der Pfändung unterliegen würde.

Auf diesem Standpunkt steht auch die Rspr. JW. 1925, 1889 [2]; 1926, 1252 [1]; 1928, 3066 [7]; 1929, 1495 [2]; 1930, 418 [3], insbes. wegen der Nichtabdingbarkeit des tarifmäßigen Lohnes: BayRpflZ. 1925, 259; SeuffArch. 70, 22 Nr. 13; ebenso RG. 74, 229 = JW. 1910, 844. Auch RG. 67, 170 steht nicht entgegen, wenn dortselbst auch für unzulässig erklärt ist, direkt in die zum Geschäftsbetriebe der Frau gehörigen Gegenstände und Forderungen zu vollstrecken. A. M. RArbG.: KonkTrW. 1930, 164 u. 194, wonach der Vertrag wirksam sein soll, auch wenn die Vergütung geringer als üblich und angemessen ist.

Die Haftung der Ehefrau kann sich deshalb aus dem Gesichtspunkt des Scheingeschäftes, der Sittenwidrigkeit, der Anfechtung, der unerlaubten Handlung, der rechtlosen Bereicherung und der Vermögensübernahme ergeben, und es ist dem Beschlusse, der den unlauteren Machenschaften zum Zwecke der Vereitelung der Unterhaltsansprüche der geschiedenen Ehefrau entgegenzuwirken sucht, durchaus beizutreten.

Geh. JR. Dr. Bernhard Mayer, München.

Zu 2. Das Erkenntnis, das sich in Tatbestand und Begründung nahe mit RG. 129, 61 f. = JW. 1930, 2936 berührt, kann im Ergebnis wie auch im wesentlichen in der Begründung Beifall beanspruchen. Ein Eigentum wie auch ein dinglicher Erwerbsakt sind an bloß gattungsmäßig bestimmten Sachen nun einmal nicht möglich; jede Abmilderung dieses strengen Grundsatzes würde zu einer höchst bedenklichen Erschütterung des grundlegenden Gegensatzes zwischen dinglichen und persönlichen Rechten führen. Auch die vom RG. bekanntlich zugelassene, übrigens nicht unbedenkliche Vereinbarung des antizipierten Besitzkonstituts ändert daran nichts; denn es führt zum Eigentumsübergang doch immer nur an den demnächst vom Übereigner erworbenen einzelnen konkreten Stücken. In unserem Fall aber fehlt es nach dem vom KG. geschilderten Tatbestand überhaupt an einer genügenden Konkretisierung der angeblich übereigneten Sachen, an einer Abgrenzung von den nicht davon ergriffenen Stücken.

[2]) JW. 1908, 444. [3]) JW. 1910, 939.

A. unterschrieb die Vertragsurkunde und übersandte sie der Kl. mit dem folgenden Begleitschreiben: „Auf Grund des beiliegenden von mir unterzeichneten Vertrages teile ich Ihnen mit, daß ich 3000/1 junge Erbsen, 3000/2 Mirabellen, 2000/1 Gemischtes Gemüse IV für Sie bereit halte."

Im Febr. 1929 wurde über das Vermögen des A. der Konkurs eröffnet. Kurz vor der Konkurseröffnung war das gesamte Warenlager des A. gepfändet worden. Entweder schon bei der Pfändung oder nach deren Aufhebung wurden die für die Kl. bestimmten Konservenbüchsen mit anderen Büchsen vom Warenlager des A. vermischt und dann, wie die Kl. behauptet, trotzdem sie dringlich auf ihr Eigentum an einem Teil der Büchsen hingewiesen habe, zum Teil verkauft, zum Teil, da noch ein Eigentumsvorbehalt an einem Teil der Büchsen bestand, an die Lieferanten zurückgegeben.

Die Kl. behauptet, daß der Konkursverwalter das ihr zustehende Absonderungsrecht verletzt habe und verlangt von ihm Schadensersatz in Höhe des Wertes der ihm übereigneten Waren.

Das LG. hat den Konkursverwalter verurteilt. Das KG. abgewiesen.

Die auf Verletzung des Eigentums an den zur Sicherheit übereigneten Sachen sowie auf rechtlose Bereicherung der Konkursmasse gestützte Klage ist nicht begründet. Dem Kl. steht ein Anspruch nicht zu, weil der Sicherungsübereignungsvertrag nichtig ist und die Kl. Eigentum an den Waren nicht erlangt hat. Die Gültigkeit des Vertrags scheitert an der Unbestimmtheit der zu übereignenden Gegenstände und demzufolge an dem Mangel der erforderlichen dinglichen Einigung (§ 929 BGB.). A., der eine Konserven- und Marmeladengroßhandlung betrieb, bezog seine Waren von zahlreichen, wahrscheinlich über 40 Lieferanten. Auf seinem Lager mögen sich etwa 90000 Büchsen befunden haben. Bei dieser Sachlage war es völlig unzureichend, wenn die zu übereignenden Obst- und Konservenbüchsen lediglich nach ihrer Anzahl, dem Inhalt und dem Gewicht ohne weitere Angaben bezeichnet wurden. Es wäre die Angabe der Fabrikanten oder sonstiger näheren Merkmale, wie z. B. der Nummern der Büchsen im Vertrag erforderlich gewesen. Eine Einigung, die nur der Gattung nach bestimmte Gegenstände betrifft, ist bei der Sicherungsübereignung um so weniger zulässig, als hier die Übereignung nur eines Teiles eines Warenlagers geplant war, in dem sich noch andere Waren ähnlicher und wahrscheinlich sogar gleicher Art befanden, deren Lieferanten sich größtenteils ihr Eigentum an den Waren vorbehalten hatten. Gerade mit Rücksicht darauf, daß es sich hier nicht um die Übereignung eines Warenlagers im ganzen handelt — das RG. fordert übrigens auch dann genaue Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände (RG. 52, 385 ff.; 113, 57 [1]); 129, 61 ff. [2])) —, müssen an die Bestimmtheit besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Die zu übereignenden Waren müssen als Einzelsachen bestimmt sein. Wenn dies nicht geschehen ist, ist eine wirksame dingliche Einigung zwischen den Parteien nicht erfolgt. Gerade infolge der mangelhaften Kennzeichnung war die Kl. nach Vermischung der übereigneten Waren mit anderen nicht in der Lage, anzugeben, an welchen Büchsen sie Eigentum beanspruchte. Bei ausreichender Kennzeichnung wäre eine Wiederherstellung der Sonderung noch möglich gewesen (vgl. die ähnlichen Fälle: Gruch. 58, 1029/30; RG. 103, 153; JW. 1912, 797).

Die erforderliche Bestimmtheit der zur Übereignung bestimmten Konserven könnte allerdings auch durch eine Aufbewahrung in einem besonderen Raume erreicht werden. Es ist aber dann erforderlich, daß der betreffende Raum in der Vertragsurkunde eindeutig und klar bezeichnet wird, was ja hier nicht geschehen ist und daß weiterhin tatsächlich nur die zu übereignenden Waren in diesem Raume lagern. Daß eine derartige Aufbewahrung stattgefunden hätte, hat die Kl. selbst nicht vorgetragen. Die Konserven lagerten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in Kisten verpackt im Erdgeschoß und im Kellerraum inmitten des umfangreichen Warenlagers. Es kann nicht genügen, daß, wie die Kl. behauptet, an ihrem Stapel von Anfang an ein ihren Namen tragendes Eigentumsschild angebracht war. Diese Art der Sonderung ist, wie auch der weitere Verlauf der Dinge gelehrt hat, völlig unzureichend und kann nicht über den Mangel der Einigung hinweghelfen. Es bedarf keiner Untersuchung mehr, ob etwa schon der Mangel der festen Verbindung der im Vertrage erwähnten Anlage mit der Vertragsurkunde der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung entgegensteht. Die Kl. hat Eigentum an den von ihr beanspruchten Büchsen keinesfalls erworben. Ihr stand deshalb auch ein Absonderungsrecht niemals zu. Der von ihr geltend gemachte Bereicherungsanspruch fällt damit ebenfalls in sich zusammen.

Die Klage müßte aber auch dann abgewiesen werden, wenn der Übereignungsvertrag gültig wäre. Denn ihr steht entscheidend die Behauptung des Bekl. entgegen, daß A. im August 1928 gar nicht Eigentümer der zu übereignenden Sachen war, weil an ihnen ein Eigentumsvorbehalt bestand. Alsdann hätte die Kl. Eigentum nicht erwerben können (§ 933 BGB.). Sie kann sich, um die dahingehende Behauptung des Bekl. aus dem Felde zu schlagen, nicht, wie sie es schon im ersten Rechtszuge getan hat, auf die Vermutungen des § 1006 BGB. stützen. Zwar spricht nach Abs. 3 dieser Vorschriften im Falle eines mittelbaren Besitzes die Vermutung des Eigentums für den mittelbaren Besitzer. Indessen ist die Kl., selbst wenn man insoweit ihren eigenen Behauptungen folgt, zur Zeit der Klagerhebung mittelbare Besitzerin der Waren nicht mehr gewesen. Denn A. hat nach der Konkurseröffnung den unmittelbaren Besitz an den übereigneten Waren dadurch verloren, daß der bekl. Konkursverwalter sie in Besitz nahm. Die Sachen sind dann durch den Konkursverwalter zum Teil verkauft, zum Teil an die Lieferanten zurückgegeben worden. Allerspätestens dadurch hat auch die Kl. ihren mittelbaren Besitz verloren, da die neuen Besitzer nicht den Willen gehabt haben, ihr den mittelbaren Besitz zu vermitteln. Damit entfällt aber auch die Vermutung des § 1006 Abs. 3 BGB., die im Gegensatz zu der für den unmittelbaren Besitzer sprechenden Eigentumsvermutung nur für den gegenwärtigen, aber nicht für den früheren mittelbaren Besitzer eingreift.

Die Kl. kann sich aber auch auf § 1006 Abs. 2 BGB. nicht berufen. Denn, mag auch nach dieser Vorschrift der Gemeinschuldner im August 1928 vermutlich der Eigentümer der zu übereignenden Waren gewesen sein, so gilt doch die Vermutung nur zugunsten des früheren unmittelbaren Besitzers. Hier aber will die Kl. die Vermutung gegen den Bekl. und damit auch gegen den Gemeinschuldner verwerten. Die Vorschrift des § 1006 Abs. 2 ist deshalb unanwendbar. Die Beweislast für die Frage, ob die an die Kl. zu übereignenden Waren im August 1928 unter Eigentumsvorbehalt der Lieferanten standen oder nicht, kehrt sich nicht zu Lasten des Bekl. um. Vielmehr hat die Kl. zu beweisen, daß im August 1928 an den ihr zu übereignenden Waren ein Eigentumsvorbehalt nicht bestand. Sie hat diesen Beweis nicht geführt und kann ihn nicht führen, weil sie die für sie bestimmt gewesenen Waren nicht genau genug bezeichnen kann. Es ist übrigens durchaus wahrscheinlich, daß diese Waren im August 1928 noch im Eigentum der Lieferanten standen. Die Kl. ist bezüglich ihres Eigentums, das die Grundlage der mit der Klage geltend gemachten Ansprüche bildet, beweisfällig und auch aus diesem Grunde abzuweisen.

(KG., 6. ZivSen., Urt. v. 13. Febr. 1931, 6 U 12858/30.)

Mitgeteilt von KGR. Keil, Berlin.

Das bloße Sichbefinden in einem einzelnen Gelasse reicht nicht aus, wenn nicht dessen Gesamtinhalt, sondern nur ein erst auszusondernder Teil davon Rechtsgegenstand sein soll. Darum begründet nach der heute durchaus vorherrschenden Anschauung der Vertrag über einen auszuscheidenden Teil eines konkreten Gesamtvorrats bekanntlich eine (begrenzte) Gattungsschuld, keine Speziesschuld. Bloße Plakate u. dgl. ohne sorgfältig scheidende Verwahrung oder sonstige Behandlung können daran nichts ändern. Eine gegenteilige Rechtsgestaltung müßte auch zu einer rechtspolitisch abträglichen Verwirrung führen und würde eine sachgemäße Abwicklung der Konkursverwaltung arg beeinträchtigen können.

Soweit die angeblich zur Sicherung übereigneten Waren mit Eigentumsvorbehalten belastet waren, müßten diese letzteren selbst einem formell korrekten Sicherungsübereignungsakte entgegenstehen, ohne Rücksicht auf guten Glauben (§ 933 BGB.). Und daß § 1006 den Sicherungserwerbern nichts nützen kann, hat das Erk. zutreffend ausgeführt; ganz abgesehen davon, daß die darin anerkannte Vermutung hier durch den Beweis des Gegenteils leicht entkräftbar sein würde.

Geh. JR. Prof. Dr. Paul Oertmann, Göttingen.

[1]) JW. 1926, 2681. [2]) JW. 1930, 2936.

*

Düsseldorf.

3. § 455 BGB. Rechtswirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts auf der Faktura.†)

Es kann dahingestellt bleiben, ob schon bei Abschluß des Kaufvertrages ein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden ist. Denn jedenfalls hat sich die Kl. bei Lieferung der bestellten Ware und gleichzeitig mit dieser Lieferung das Eigentum vorbehalten, so daß ein Eigentumsübergang nicht erfolgt ist. Unstreitig befand sich in der Kiste mit der Ware ein Begleitschreiben, das in seinem unteren Teile die Rechnung in seinem oberen Teile die gedruckte Bestätigung des Auftrags zu den umseitig aufgedruckten Lieferungsbedingungen enthielt. In diesen Lieferungsbedingungen hielt sich die Kl. ihr Eigentumsrecht gemäß § 455 BGB. vor. Das Begleitschreiben ist der Käuferin gleichzeitig mit der Warensendung zugegangen. Denn hierzu genügte es, daß das Schreiben in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche Verfügungsgewalt der Käuferin gelangte. Mit dem Schreiben selbst müssen aber alle Erklärungen als zugegangen gelten, die es enthielt, demnach also auch die Auftragsbestätigung mit dem darin in Bezug genommenen Eigentumsvorbehalt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, daß die Käuferin jene Bestätigung möglicherweise auf der Rechnung nicht vermutet oder ihr kein Gewicht beigelegt hat.

Zu 3. Vgl. hierzu JW. 1929, 2164; 1930, 1431 und 2238.

Auch spielt es keine Rolle, daß die Bestätigung von der Kl. nicht unterzeichnet, sondern nur mit ihrer gedruckten Firmenbezeichnung versehen war. Dies alles ändert nichts daran, daß mit der Warensendung auch das Begleitschreiben und die darin enthaltene Auftragsbestätigung mit dem Eigentumsvorbehalt der Käuferin zugegangen ist. Hierdurch konnte zwar keine Änderung des Kaufabschlusses bewirkt werden, so daß auch die Käuferin, wenn bei jenem Abschluß kein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden war, trotz des nachträglichen Vorbehalts in dem Schreiben v. 11. Dez. 1929 berechtigt blieb, von der Kl. vorbehaltlose Eigentumsübertragung zu verlangen. Dies berührt aber nicht die Tatsache, daß durch die Übersendung der bestellten Ware das Eigentum auf die Käuferin deshalb nicht übergegangen ist, weil die bei Übersendungskäufen sonst regelmäßig in der Annahme der Sendung liegende Willenseinigung über den Eigentumsübergang hierdurch den gleichzeitig erklärten Eigentumsvorbehalt verhindert worden ist.

(OLG. Düsseldorf, 6. ZivSen., Urt. v. 19. März 1931, 6 U 59/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Alb. Primavesi, Elberfeld.

Berlin. **II. Zivilprozeßordnung.**

4. §§ 4, 6 ZPO. Bei Arresten ist das Kostenpauschquantum nicht dem Streitwert der Hauptsache hinzuzurechnen. †)

Nach § 6 ZPO. wird der Wert des Streitgegenstandes durch den Betrag der Forderung bestimmt, und zwar auch dann, wenn die Sicherstellung der Forderung Gegenstand des Streites ist. Im Arrestverfahren ist Gegenstand des Streites die Sicherstellung der Forderung (herrschende Auffassung; vgl. RG. 26, 412 und Stein-Jonas[14], Anm. II 1 zu Fußn. 24 bei § 6). Der Wert des Streitgegenstandes richtet sich aber nur nach der zu sichernden Forderung selbst, während das Kostenpauschquantum bei der Bemessung des Streitwerts außer Betracht zu bleiben hat (§ 4 ZPO.), weil es sich insoweit um eine Nebenforderung handelt. Die Vorschrift des § 4 gilt nach der herrschenden Auffassung auch für die Wertberechnung im Arrestverfahren. Die gegenteilige, neuerdings vom 20. ZivSen. des KG. in einem Gutachten v. 20. Dez. 1928: JW. 1930, 644[1] vertretene Meinung kann nicht für zutreffend angesehen werden; sie läßt unberücksichtigt, daß der Streitwert für das Arrestverfahren, das nur der Sicherung einer Forderung dient, nicht höher sein kann als der Streitwert für das Verfahren, in dem die Forderung geltend gemacht wird. Für dieses würde aber die Vorschrift des § 4 ZPO. ohne weiteres eingreifen; es würden nicht nur die Kosten des Hauptprozesses selbst, sondern auch die etwa als Nebenforderung geltend gemachten Kosten des Arrestverfahrens bei der Streitwertbemessung außer Betrieb bleiben müssen (vgl. hierzu auch Friedlaender: JW. 1930, 2073[27] Anm.).

(KG., 23. ZivSen., Beschl. v. 11. Juni 1931, 23 W 5679/31.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Hoche, Berlin.

*

5. § 252 ZPO.; § 18 EntlVO. Gegen die Aussetzung im Schiedsurteilsverfahren ist die Beschwerde zulässig.

Der Grundsatz des § 18 EntlVO., daß das Gericht sein Verfahren nach freiem Ermessen bestimmt, stellt das Gericht im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens im allgemeinen frei in der Anwendung von Verfahrensvorschriften. Es bleibt aber auch hier an die gesetzlichen Bestimmungen gebunden, die nur in bestimmten Fällen eine Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens vorsehen. Das freie Ermessen über die Bestimmung des Verfahrens hindert daher nicht die Anfechtbarkeit von Entscheidungen, die eine Aussetzung des Verfahrens aussprechen. Der Anfechtbarkeit steht auch nicht entgegen, daß gegen das Schiedsurteil und die vorausgegangenen Zwischenentscheidungen kein Rechtsmittel gegeben ist. Auch im ordentlichen Verfahren kann grundsätzlich die höhere Instanz wegen der Aussetzung im Beschwerdeverfahren angegangen werden, selbst wenn die Anfechtung der Sachentscheidung des aussetzenden Gerichts nicht zulässig ist. Auch sachlich war die Aussetzung unbegründet. Das AG. kann im Schiedsurteilsverfahren nur einen Aussetzungsbeschl. erlassen, wenn einer der gesetzlichen Gründe gegeben ist.

(KG., 17. ZivSen., Beschl. v. 12. März 1931, 17 W 2182/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Günther, Berlin.

*

Breslau.

6. §§ 767, 274, 295 ZPO. Mit der Vollstreckungsgegenklage kann nicht geltend gemacht werden, daß für einen Teil der Forderung, wegen deren vollstreckt wird, ein vollstreckbarer Titel nicht besteht. Durch die Unterlassung der Rüge des nicht rechtzeitigen Vorbringens der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit wird die Verspätung geheilt, nicht dagegen die in der Unterlassung der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit liegende Vereinbarung über die Zuständigkeit wieder beseitigt. †)

(OLG. Breslau, Urt. v. 2. Febr. 1931, 17 U 1273/30.)

Abgedr. JW. 1931, 2143[11].

*

Zu 4. Die obige Entsch. schließt sich im Gegensatz zum Kostensenat des KG. der herrschenden Meinung und hinsichtlich der Begründung meinen Ausführungen in JW. 1930, 2073 an. Auf diese Ausführungen darf ich hier verweisen.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Zu 6. Das obige Urt. gibt eine zutreffende Abgrenzung des Anwendungsgebietes der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. von den Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel des § 732. Aus den Urteilsgründen ergibt sich, daß im vorl. Fall die exekutorische Klausel der notariellen Urkunde nur die Verpflichtung des Kl. zur Zahlung des Unterhalts an die Bekl. deckte, nicht aber auch die Verpflichtung zur Zahlung des Betrags von 2000 *RM* zur Anschaffung einer Herrenzimmereinrichtung durch die Bekl. Die Einwendung des Kl., die Vollstreckung sei, soweit sie diesen Anspruch auf Zahlung von 2000 *RM* betreffe, unzulässig, ist sachlich begründet. Aber sie richtet sich nur gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung, nicht gegen den Anspruch selbst. Und deshalb kann sie nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage des § 767 geltend gemacht werden. Denn diese Klage wendet sich gegen den sog. Judikatanspruch, d. h. den im Titel (Urt. oder wie hier exekutorische Urkunde des § 794 Ziff. 5 ZPO.) festgestellten Anspruch. Mit ihr wird geltend gemacht, daß dieser Anspruch nicht mehr, bzw. nicht mehr so, wie er festgestellt ist, bestehe. Darum handelt es sich aber im vorl. Fall gar nicht. Der Kl. wendet gegen den 2000-*RM*-Anspruch als solchen, bzw. gegen die Anspruchsexistenz ja gar nichts ein, sondern macht nur geltend, daß dieser Anspruch noch nicht vollstreckbar sei, da er nicht von der exekutorischen Klausel der notariellen Urkunde mit erfaßt werde, für ihn somit noch kein Vollstreckungstitel vorliege. Wenn das richtig ist — und nach den Entscheidungsgründen des obigen Urt. ist es richtig —, dann durfte die Vollstreckungsklausel (§ 797) gar nicht hinsichtlich des 2000-*RM*-Anspruchs erteilt werden. Ihre trotzdem erfolgte Erteilung ist somit Gegenstand des Angriffs, bzw. der Rüge des Kl. Hierfür bietet aber nur § 732, niemals § 767 die gesetzliche Handhabe. Und da die für diese Einwendung gegen die Klauselerteilung in § 797 Abs. 3 normierte ausschließliche (§ 802) Zuständigkeit im vorl. Falle nicht beachtet ist, so ist die insoweit erfolgte Zurückweisung der Berufung begründet, woran auch die Tatsache der Verbindung eines zulässigen Antrags mit dem unzulässigen Klageantrag nichts zu ändern vermag. Andererseits wird die sachliche Zuständigkeit in dem vorl. Urt. mit Recht bejaht. Daß die Unterlassung der Rüge, die Unzuständigkeitseinrede sei verspätet vorgebracht, das verspätete Vorbringen der letzteren nach § 295 ZPO. heilt, ist richtig, ebenso ist es aber auch richtig, daß diese Heilung nur die Wirkung hat, daß nunmehr die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit als rechtzeitig vorgebracht gilt, so daß darüber zu entscheiden ist, ob diese Einrede begründet ist oder nicht. Und auch die Bejahung der Zuständigkeit auf Grund einer stillschweigenden Prorogation nach § 39 ZPO. ist zutreffend. Wenn hierbei das obige Urt. den § 39 als eine unwiderlegliche Vermutung der Prorogation auffaßt, so entspricht das einer vielfach vertretenen Ansicht, vgl. Goldschmidt, Zivilprozeßrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft Bd. XVII) S. 66; Stein-Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkursrechts (3. Aufl.) S. 99; Stein-Jonas, Komm. zur ZPO., Note 1 zu § 39; Baumbach, ZPO. Note 1 zu § 292; RG. 86, 231 = JW. 1915, 408 (zu vgl. aber auch RG. 1, 438 ff.), während andere, z. B. Rich. Schmidt, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts S. 275 f.; Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts I, 131 f.; Rosenberg, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts (3. Aufl.) S. 100 den § 39 als Fiktion auffassen. Dieser letzteren Auffassung dürfte der Vorzug zu geben sein. Faßt man die Bestimmung des § 39 als unwiderlegliche Vermutung auf, so könnte zweifelhaft sein, worauf sich die Annahme der Unwiderleglichkeit gründen soll, eine diesbezügliche positive Gesetzesbestimmung fehlt. Als einfache Vermutung kann § 39 nicht aufgefaßt werden, weil dann dem Bekl. der Gegenbeweis, er habe nicht prorogieren wollen (insbes. Irrtum über die Zuständigkeit) offenstehen müßte, eine Annahme, der § 274 Abs. 3 ZPO. entgegensteht (vgl. auch RG. 86, 230 f. = JW. 1915, 408). Somit bleibt als das nächstliegende die Auffassung des § 39 als Fiktion: die Rechtsfolge des vorbehaltlosen Verhandelns des Bekl. vor dem unzuständigen Gericht wird nicht ausdrücklich geregelt, sondern durch Verweisung auf die Folge der stillschweigenden Vereinbarung. Die Bestimmung des § 39 schafft also einen neuen Prorogationstatbestand: Die beiderseitige Betätigung des Parteiwillens, vor dem unzuständigen Gericht Recht zu nehmen, die seitens des Kl. in der Klagerhebung, seitens des Bekl. in der vorbehaltlosen Streiteinlassung ihren Ausdruck findet, begründet die Zuständigkeit des an sich unzuständigen Gerichts. Im praktischen Ergebnis kommen allerdings die beiden Auffassungen (unwiderlegliche Vermutung — Fiktion) auf dasselbe hinaus, da eine unwiderlegliche

Dresden.

7. § 811 Ziff. 5 ZPO. **Das Geschäftsinventar des Kleinkaufmanns ist grundsätzlich pfändbar.**†)

(OLG. Dresden, 14. ZivSen., Beschl. v. 9. Dez. 1930, 14 C Reg 814/30.)

Abgedr. JW. 1931, 2143[13].

*

Düsseldorf.

8. §§ 935, 940 ZPO. **Auch der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung setzt ein Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers voraus, das gegenüber der Klage noch die Besonderheit aufweist, daß der Antragsteller ein Interesse an einer sofortigen Regelung in Beziehung auf einen Gegenstand oder Zustand haben muß. Dieses Interesse muß auch bei der Einlegung eines Rechtsmittels zur Erlangung einer vom zunächst angerufenen Gericht versagten oder wiederaufgehobenen einstweiligen Verfügung vorhanden sein. Sind seit Versagung der EinstwVerf. zwei Jahre vergangen, ohne daß der Antragsteller und Berufungskläger das Verfahren weiter betrieben hat, dann ist ein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen.**

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 1. Juli 1931, 2 U 273/29.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Brandt, Düsseldorf.

*

Hamburg.

9. §§ 627, 935 ff. ZPO. **Auch beim Getrenntleben der Ehegatten kann unter Umständen eine einstweilige Verfügung erlassen werden, durch die das Getrenntleben gestattet wird.**

Das Getrenntleben der Parteien während des schwebenden Ehescheidungsprozesses ist in der Praxis der Gerichte oft ohne eingehende Prüfung durch EinstwVerf. gestattet worden, sobald der Ehe-

---

Vermutung wie eine Fiktion wirkt (vgl. die Bemerkung im Komm. von Stein-Jonas, I zu § 39, das Gesetz wolle, daß bei Vorliegen des Tatbestands des § 39 dieselben Rechtsgrundsätze gelten sollen wie im Falle der wirklichen Vereinbarung, es handle sich um „einen zweiten Fall der Vereinbarung"; damit wird das Wesen der Fiktion gekennzeichnet, obwohl in den vorhergehenden Ausführungen die Annahme einer unwiderleglichen Vermutung vertreten wird).

Prof. Dr. Rud. Schultz, Freiburg i. Br.

Zu 7. A. Anm. Langenbach ebenda.

B. Die Entsch., die zu dem Ergebnis kommt, das Geschäftsinventar des Kleinkaufmannes sei grundsätzlich pfändbar, und die zustimmende Besprechung von Langenbach geben zu Bedenken Anlaß.

Aus der Entstehungsgeschichte der heutigen Fassung des § 811 Ziff. 5 ZPO. läßt sich nichts Entscheidendes zu der hier erörterten Frage entnehmen. Wie der Beschluß selbst hervorhebt, ist die Nichterwähnung der Kleinkaufleute auf die Erwägung zurückzuführen, daß an dem Grundgedanken des bisherigen Rechts festgehalten werden sollte, wonach den von ihrer Hände Arbeit oder von sonstigen, dieser gleichzustellenden persönlichen Leistungen lebenden Personen diejenigen Sachen gesichert werden sollten, die sie unmittelbar für ihre Arbeit brauchen. Man befürchtete, daß durch allgemeine Einfügung der Kleinkaufleute unter die Aufzählung von § 811 Ziff. 5 ZPO. dieser Grundgedanke abgebogen würde. Durch die Nichterwähnung der Kleinkaufleute ist aber nicht, jedenfalls nicht für die Gerichte bindend bestimmt, daß sie deshalb nicht zu den „anderen Personen, welche aus Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen", gehören. Die Entscheidung dieser Frage ist durch das Unterlassen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Rspr. anheim gegeben, die daher von Fall zu Fall prüfen muß, ob der Tatbestand von § 811 Ziff. 5 ZPO. gegeben ist.

Bei Beurteilung im Einzelfalle ist zunächst klarzustellen, ob der betr. Kleinkaufmann aus persönlichen Leistungen seinen Erwerb zieht. Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß es sich dann um persönliche Leistungen handelt, wenn der Kleinkaufmann die hauptsächlichen in seinem Geschäftsbetrieb vorkommenden Arbeiten persönlich oder unter Mithilfe seiner nächsten Familienangehörigen erledigt, also insbes. die zu verkaufenden Waren in Ladenschränke oder Regale einordnet, auf Tischen oder Auslagen zum Verkauf ausstellt, die Waren an die Kundschaft verkauft, das Geld in die Ladenkasse, evtl. zugleich mit einer Verbuchung abführt usw. Da zu den Leistungen des § 811 Ziff. 5 ZPO. nicht nur körperliche Arbeiten, sondern auch geistige Tätigkeiten gehören, müssen auch die von dem Kleinkaufmann selbst verrichteten höheren kaufmännischen Arbeiten wie z. B. Einkaufen von Waren von Fabriken oder Grossisten, Erledigung von Buchführung und Korrespondenz, Regulierung der Geschäftsverbindlichkeiten usw. als persönliche Leistungen i. S. des § 811 Ziff. 5 ZPO. anerkannt werden.

Schwieriger ist die Entscheidung der Frage, ob der Kleinkaufmann, der die erwähnten Arbeiten persönlich oder mit Hilfe seiner nächsten Familienangehörigen verrichtet, aus persönlichen Leistungen seinen Erwerb zieht. Der besprochene Beschl. verneint dies mit der Begründung, daß der Erwerb nicht aus den persönlichen Leistungen allein, sondern aus dem Handelsgewerbe als solchem gezogen werde. Die Hervorhebung dieses Gegensatzes kann nicht als entscheidend anerkannt werden. Die beiden Begriffe „Erwerb aus persönlichen Leistungen" und „Erwerb aus Handelsgewerbe" schließen sich nicht gegenseitig aus, vielmehr decken sie sich im vorliegenden Falle. Die Ausübung des Handelsgewerbes geschieht ja gerade durch die einzelnen persönlichen Leistungen, die die kaufmännische Tätigkeit ausmachen.

Auch das Argument der Entsch., die Einnahmen des Kaufmanns seien nicht Entgelt für Dienstleistungen, sondern Gewinn aus Warenverkauf ist nicht durchschlagend. Wäre dieser Gesichtspunkt erheblich, so könnten auch alle diejenigen Handwerker, die Waren zum Verkauf aus von ihnen beschafften Rohstoffen oder Halbfabrikaten herstellen (Handwerker-Kaufleute), also z. B. Bäcker und Metzger nicht zu den nach § 811 Ziff. 5 ZPO. geschützten Personen gerechnet werden, da auch bei ihnen die Einnahmen nicht Entgelt für Dienstleistungen, sondern in erster Linie Gewinn aus Warenverkauf sind. Die Auffassung der Entsch., daß es sich bei dem Erwerb der durch § 811 Ziff. 5 ZPO. geschützten Personen um Entgelt für Dienstleistungen handeln müsse, findet aber in der Fassung dieser Bestimmung überhaupt keine Stütze. „Erwerb aus persönlichen Leistungen" ist gegenüber „Entgelt für Dienstleistungen" ein weiterer Begriff, unter den auch der durch persönliche Arbeiten erzielte Erlös aus Warenverkauf zwanglos eingeordnet werden kann.

Auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise kommt man zu dem gleichen Ergebnis. Die Entsch. muß selbst zugeben, daß bei Kleinkaufleuten, die ihr Geschäft allein oder nur mit Hilfe ihrer nächsten Familienangehörigen betreiben, der Gewinn aus Warenverkauf häufig (noch richtiger: in der Regel) nicht mehr einbringt, als der Lohn für die aufgewendete Tätigkeit ausmachen würde. Die kapitalistische Grundlage tritt bei Kleinkaufleuten ebenso wie bei den oben erwähnten Handwerker-Kaufleuten in ihrer Bedeutung gegenüber den persönlichen Arbeiten derart zurück, daß es richtiger ist, die Einnahmen des Kleinkaufmanns nicht in erster Linie als Ausfluß der kapitalistischen Grundlage, als Unternehmergewinn, sondern als Erwerb aus persönlichen Arbeiten aufzufassen.

Schließlich ist zu prüfen, ob das Geschäftsinventar des Kleinkaufmanns, also insbes. Warenschränke, Regale, Ladentische, Waage usw. zur persönlichen Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind. Der Hinweis der Entsch., daß nicht das Geschäftsinventar, sondern die Waren die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenstände bildeten, enthält eine doppelte Unrichtigkeit. Einmal muß festgestellt werden, daß das Geschäftsinventar unter allen Umständen zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Kleinkaufmanns unentbehrlich ist, da von einer ordnungsgemäßen Fortführung eines Geschäftes ohne die erwähnten Inventargegenstände, also etwa derart, daß der Kaufmann seine Waren in seinem leeren Laden auf dem Fußboden aufstapelt — von gewerbepolizeilichen Vorschriften ganz abgesehen —, nicht die Rede sein kann. Der Hinweis der Entsch. ist auch darin unrichtig, daß behauptet wird, die Waren bildeten die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenstände. Der Umstand, daß die Waren veräußert werden und zur Veräußerung bestimmt sind, beweist gerade, daß sie für die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit nicht, jedenfalls nicht in demselben Maße, unentbehrlich sind. Ob die Waren im Wege freiwilligen Verkaufs durch den Kleinkaufmann selbst oder durch Zwangsverkauf veräußert werden, kann keinen erheblichen Unterschied ausmachen. Die Frage, ob entbehrlich oder nicht entbehrlich, ist aber allein nicht entscheidend, sondern man muß, und damit kommt man dem Kern der Sache näher, prüfen, ob das Geschäftsinventar bzw. die Waren begrifflich zu den unpfändbaren Gegenständen des § 811 Ziff. 5 ZPO. gehören. Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist offensichtlich, nur solche Gegenstände zu schützen, die dem Schuldner als Hilfsmittel bei seiner persönlichen Tätigkeit, z. B. als Werkzeug oder sonstige bei seiner Arbeit benötigten Geräte oder Einrichtungen u. dgl., allenfalls noch als Rohstoff für die Verarbeitung unentbehrlich sind. Unter diese Arbeitshilfsmittel fallen begrifflich auch die Gegenstände des Geschäftsinventars des Kleinkaufmanns, nicht aber seine Waren, die ebenso wie die zum Verkauf bestimmten Waren der Handwerker-Kaufleute das Objekt der persönlichen Tätigkeit darstellen.

Zusammenfassend komme ich also zu dem Ergebnis, daß die notwendigsten Gegenstände des Geschäftsinventars des Kleinkaufmanns, der sein Gewerbe persönlich unter Mithilfe seiner Familienangehörigen ausübt, gem. § 811 Ziff. 5 ZPO. unpfändbar sind. Die Gleichstellung des Kleinkaufmanns in dieser Hinsicht mit dem Handwerker ist auch aus sozialen Erwägungen zu billigen, da die Kleinkaufleute wirtschaftlich keineswegs besser gestellt sind als Handwerker und zur Ermöglichung ihres Lebensunterhaltes ein bescheidenes Geschäftsinventar ebenso dringend benötigen wie diese.

RA. Dr. Schaad, Frankfurt a. M.

scheidungsprozeß anhängig war. Nachdem jedoch für diesen Antrag, wenn er, wie hier, für sich allein gestellt wird, ein Streitwert von 500 *RM* festgelegt ist, während früher der Streitwert erheblich geringer angenommen wurde, erscheint eine eingehende Prüfung der Anträge sowohl im Interesse der kostenpflichtigen Partei, wie auch in Armensachen im Interesse des Staates geboten.

Das LG. hat die EinstwVerf. abgelehnt, weil die Parteien bereits seit Jahren getrennt leben und deshalb für die beantragte Anordnung kein Grund vorläge. Ferner weil die Verfügung gem. § 627 ZPO. nicht dazu da ist, der Ehefrau den Beweis für die Berechtigung ihres Fernhaltens von ihrem Manne zu verschaffen.

Die Tatsache, daß die Parteien bereits seit längerer Zeit getrennt leben, genügt für sich allein nicht, um den Antrag, das Getrenntleben zu gestatten, abzulehnen. Wenn die Parteien noch zur Zeit der Stellung des Antrages auf Erlaß der EinstwVerf. im gegenseitigen Einverständnis getrennt leben, so wird in der Regel ein Interesse des Antragstellers an dem Erlaß der EinstwVerf. nicht gegeben sein. Insbes. ist, wenn die Ehegatten im gegenseitigen Einverständnis getrennt leben, der unterhaltspflichtige Ehegatte ohne weiteres verpflichtet, dem unterhaltsberechtigten Ehegatten den Unterhalt in Form einer Geldrente zu gewähren. Denn in dem Einverständnis mit dem Getrenntleben mit der Ehefrau liegt zugleich der Verzicht des Unterhaltspflichtigen auf Gewährung des Unterhalts in natura. Im vorliegenden Falle hat sich der Kl. ausdrücklich geweigert, den Unterhalt in Form einer Geldrente zu gewähren, weil die Bekl. sich grundlos von ihm fernhalte. Wenn das Gericht im Ehescheidungsprozeß durch EinstwVerf. das Getrenntleben gestattet, so ist damit dieser Einwand des Ehemanns beseitigt und er muß den Unterhalt in Form einer Geldrente gewähren.

Andererseits hat das LG. insofern recht, als die EinstwVerf., das Getrenntleben zu gestatten, nicht lediglich damit gerechtfertigt werden kann, daß die Ehefrau dadurch einen Anspruch auf Unterhalt in Form einer Rente erhalten soll. Vielmehr ist auf Grund der Rechtslage im Ehescheidungsprozeß zu prüfen, ob unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Anwendung des § 940 ZPO. das Getrenntleben zu gestatten ist oder nicht.

(OLG. Hamburg, 2. ZivSen., Beschl. v. 11. Juni 1931, Bs Z II 153/31.)

Mitgeteilt von RA. Caro, Hamburg.

*

Marienwerder.

10. §§ 861, 862 ZPO. Die Pfändung von Hypothekenzinsen, die dem zum Unterhalt verpflichteten Elternteil des Hypothekengläubigers bis zu dessen Volljährigkeit vorbehalten sind, ist unzulässig. †)

Für die minderjährigen Kinder der Schuldnerin, deren Ehemann verstorben und von ihr allein beerbt worden ist, ist eine Hypothek mit der Maßgabe eingetragen, daß der Zinsgenuß bis zur Volljährigkeit der Gläubiger ihren Eltern zusteht, denen dafür die Unterhaltspflicht obliegt.

Die Unzulässigkeit der Pfändung des Zinsanspruchs ist aus der entsprechenden Anwendung der §§ 861, 862 ZPO. herzuleiten. Danach sind die von dem Vater oder der Mutter kraft ihrer elterlichen Nutznießung erworbenen Früchte des Kindervermögens der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der der Berechtigten obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflicht, insbes. auch gegenüber den Kindern, erforderlich sind. Im vorl. Fall bedarf unstreitig die Schuldnerin mangels anderweitiger Mittel der gepfändeten Hypothekenzinsen zum Unterhalt ihrer beiden minderjährigen Kinder, auf deren Namen die Hypothekenforderung im Grundbuch eingetragen steht. Wenn der Schuldnerin die Zinsen der Kinderhypotheken kraft ihrer elterlichen Nutznießung zuständen, würde ihre Unpfändbarkeit nach § 862 ZPO. nicht zweifelhaft sein können. Der Umstand aber, daß ihr der Zinsgenuß bei Eintragung der Hypotheken ausdrücklich für die Zeit bis zur Volljährigkeit der Kinder eingeräumt ist, mit der gleichzeitigen Verpflichtung, sie zu unterhalten, vermag nach Ansicht des Senats keine Veränderung in der Beurteilung zum Nachteile der Schuldnerin zu begründen. Durch die vertragliche Festlegung des Zinsgenusses und im Zusammenhang damit gleichzeitig der Unterhaltspflicht der elterlichen Gewalthaber gegenüber den Kindern bezweckten die Beteiligten offenbar nur eine nach außen klare Festlegung des gesetzlichen Zustandes. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich im Interesse der Kinder die entsprechende Anwendung des § 862 ZPO.

(OLG. Marienwerder, 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Mai 1931, I W 61/31.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. von Rozycki, Schneidemühl.

*

Stuttgart.

11. § 274 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO. Ein außergerichtlicher Vergleich setzt den Schiedsvertrag in der Regel nicht außer Kraft.

Die Parteien haben über die Baukosten abgerechnet und die Restschuld festgestellt. Auf diese wurde sodann Klage erhoben. Der Bekl. beruft sich auf eine Schiedsgerichtsklausel im Bauvertrag, der Kl. auf OLG. 8, 85 (OLG. Königsberg), wonach der Vergleich den Streit beseitige und daher für Schiedsrichter keinen Raum lasse. Dieser Entsch. tritt das OLG. Stuttgart nicht bei. Der außergerichtliche Vergleich erledigt den Streit noch nicht, der Gläubiger erstrebt meistens nicht bloß die Lösung der Streitfrage, sondern vor allem seine Befriedigung. Erst wenn der Schuldner auf Grund des Vergleichs erfüllt hat, ist der Schiedsvertrag erledigt. Bleibt die Befriedigung aus, so muß der Gläubiger um den Vollstreckungstitel das Schiedsgericht angehen. Dieses wird allerdings dann unzuständig, wenn etwa die Parteien den Schiedsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben haben, was ihnen jederzeit freisteht. Die Aufhebung kann aber noch nicht aus einer Abrechnung oder einem Vergleich geschlossen werden; auch nicht etwa eine Umschaffung des Rechtsverhältnisses mit Aufhebung des bisherigen Schuldgrunds, womit auch die Schiedsklausel wegfiele, vielmehr soll der Vergleich in der Regel neben dem alten Vertrag einen weiteren Verpflichtungsgrund schaffen.

(OLG. Stuttgart, 3. ZivSen., Urt. v. 31. Dez. 1930, U 1139.)

III. Rechtsanwaltsgebühren.

Dresden.

12. § 17 RAGebO. Schlußverhandlungsgebühr in Ehesachen, wenn die erste Verhandlung vor, die Schlußverhandlung nach dem 3. Dez. 1930 stattfand. †)

Der RA. Sch. hat den Bekl. in dessen Ehérechtsstreit vertreten. Nach Beweisaufnahme, aber vor der Nachverhandlung trat die VO. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. 604) in Kraft. Die Frage ist, ob für die Berechnung der Nachverhandlung die bis dahin verdiente Verhandlungsgebühr von 65 *RM* oder nur die neue Verhandlungsgebühr von 25 *RM* anzusetzen ist. Nach Ansicht des Senats gilt das erstere. § 17 RAGebO. ist eine Berechnungsvorschrift; es wird angeordnet, daß der als anderweit gegeben vorausgesetzte Betrag der Verhandlungsgebühr im Falle der Nachverhandlung sich um $^5/_{10}$ bzw. $^5/_{20}$ erhöht.

Durch die VO. v. 1. Dez. 1930 ist diese Berechnungsvorschrift des § 17 RAGebO. nicht berührt worden, sondern — aber mit Ausnahme für schwebende Prozesse (§ 7 Abs. 3 der VO. v. 1. Dez. 1930 verb. m. Art. V Abs. 2, 3 des Ges. v. 28. Jan. 1927 [RGBl. 53]) — nur die Gebührenbeträge. Der vorliegende Fall gehört unter die Ausnahmen; für ihn gilt die Änderung nicht; anzusetzen ist für die Verhandlungsgebühr der bisherige Betrag. Er ist daher noch bei Errechnung der Verhandlungsgebühr einzusetzen.

(OLG. Dresden, FerZivSen., Beschl. v. 3. Aug. 1931, 1 S 65/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Alexander Schlechte, Dresden.

Zu 10. Die obige Entscheidung verdient volle Zustimmung, wenn sie bei der Beurteilung des vorl. Tatbestandes von dem in § 862 ZPO. geregelten Tatbestand ausgeht und ausführt, daß an der Unpfändbarkeit der Hypothekenzinsen nicht zu zweifeln wäre, wenn diese der Schuldnerin kraft ihres elterlichen Nutznießungsrechts zustehen würden. Man kann aber auch noch einen Schritt weitergehen und sagen, daß diese Hypothekenzinsen zweifellos auch dann unpfändbar sein würden, wenn die Eintragung der fraglichen Hypothek zugunsten der minderjährigen Kinder der Schuldnerin ohne die Bestimmung erfolgt sein würde, daß der Zinsengenuß bis zur Volljährigkeit der Kinder den Eltern zustehen solle, denen dafür die Unterhaltspflicht obliege. Denn dann würde die Unterhaltspflicht der Schuldnerin gegenüber ihren Kindern ja ebenfalls bestanden haben, und zwar kraft der gesetzlichen Bestimmung der §§ 1601 ff. BGB., während der Zinsengenuß der Schuldnerin ebenfalls kraft Gesetzes (auf Grund des elterlichen Nutznießungsrechts, §§ 1684 Abs. 1 Ziff. 1, 1686, 1649 BGB.) zugefallen wäre. Dann hätte sich die Unpfändbarkeit der Hypothekenzinsen ohne weiteres aus § 862 ZPO. ergeben. Hieran kann sich natürlich nichts dadurch ändern, daß diese beiden aus dem Gesetz sich ohne weiteres ergebenden Rechtsfolgen, die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung und die Berechtigung zum Zinsgenuß, noch ausdrücklich bei der Eintragung der Hypothek festgelegt worden sind. Denn dadurch ist eben, wie die vorl. Entscheidung mit Recht betont, lediglich das noch einmal ausdrücklich ausgesprochen worden, was sich ohnedies schon aus dem Gesetz ergibt. Der Zweck des § 862 ist die Sicherung der Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, und diese letztere ist im vorl. Falle genau so sicherungsbedürftig wie im Falle des § 862. Dessen entsprechende Anwendung ist also völlig gerechtfertigt.

Prof. Dr. Rud. Schultz, Freiburg i. Br.

Zu 12. Die Entsch. des OLG. Dresden ist für die Anwaltschaft günstig. Aber sie entspricht m. E. nicht dem Sinn der maßgebenden Übergangsvorschrift. Ich darf im einzelnen auf meine Ausführungen in JW. 1930, 3825 verweisen, dann auf: KG.: JW. 1931, 1115[35]; OLG. Marienwerder: Recht 1931 Nr. 337; OLG. Naumburg: NaumbKZ. 1930, 118; OLG. Düsseldorf: RheinWestfAnwBl. 1931, 82.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Berlin. **IV. Gerichtskosten.**

13. §§ 91 ff. ZPO. Kostenentscheidung, wenn die Hauptsache sich nach Klagestellung erledigt, der Kläger aber in der ersten Verhandlung seinen Sachantrag aufrechterhält, weil er die Erledigung bestreitet und wenn erst in der zweiten Verhandlung der Antrag auf den Kostenpunkt beschränkt wird. †)

Der Kl. hat mit der Klage Verurteilung der Bekl. zur Befreiung mehrerer durch Vertrag v. 23. Mai 1929 gekaufter Parzellen von den in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen Lasten verlangt. Gemäß dem Kaufvertrage sollte die von der Bekl. herbeizuführende Entpfändung der Grundstücke bis zur Auflassung erfolgen. Die Auflassung ist am 21. Aug. 1930 erfolgt, ohne daß bis dahin die Entpfändung der Parzellen bewirkt worden ist. Auch im Zeitpunkte der Zustellung der Klage waren die Grundstücke von den in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen Lasten noch nicht befreit. Zur Zeit der Klagerhebung war demnach der Klageanspruch begründet.

Vor dem ersten Verhandlungstermin, der am 17. Nov. 1930 stattfand, sind jedoch die Parzellen lastenfrei auf den Kl. umgeschrieben worden. Die Bekl. hatte in einem v. 14. Nov. 1930 datierten, dem Kl. am 15. Nov. 1930 zugestellten Schriftsatz die Entpfändung behauptet. Die lastenfreie Umschreibung der Parzellen ist auch tatsächlich am 15. Nov. 1930 erfolgt. Trotz seiner Klaglosstellung hat der Kl. in der Verhandlung v. 17. Nov. 1930 den nunmehr unbegründet gewordenen Antrag aus der Klageschrift gestellt, weil er noch keine Bestätigung des GBA. über die Umschreibung erhalten hatte. Auf seinen Antrag ist ihm gem. § 272a ZPO. eine Erklärungsfrist auf den Schriftsatz der Bekl. v. 14. Nov. 1930 gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung v. 18. Dez. 1930 haben die Parteien ihre Anträge auf die Kosten beschränkt.

Das LG. hat die gesamten Kosten der Bekl. auferlegt.

Die sofortige Beschwerde der Bekl. ist zum Teil begründet.

Der zur Zeit der Klagerhebung begründete Klageanspruch war im Zeitpunkt der ersten mündlichen Verhandlung unbegründet, so daß nach dem Grundsatz des § 91 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits dem Kl. aufzuerlegen gewesen wären, wenn der Rechtsstreit damals zur Entsch. reif gewesen wäre. Die Klage hätte, wenn der Kl. den Klageanspruch trotz Klaglosstellung aufrechterhalten hätte, auf seine Kosten abgewiesen werden müssen. Hätte er dagegen seinen Antrag sofort auf die Kosten beschränkt, so hätte er sich vor der Kostenpflicht schützen können (§ 93 ZPO. in entsprechender Anwendung). Dies hat er jedoch verabsäumt, er hat vielmehr erst in der zweiten mündlichen Verhandlung v. 18. Dez. 1930 den Klageantrag bezüglich der Hauptsache fallen lassen und sachgemäß auf die Kosten beschränkt.

Welcher Partei in einem derartigen Falle die Kosten aufzuerlegen sind, wird in der Rspr. nicht einheitlich beantwortet. Das RG. hat in einer Entsch. aus dem Jahre 1900 in einem Falle verspäteter Beschränkung des Klageantrages auf die Kosten die gesamten Kosten des Rechtsstreits dem Kl. auferlegt (RG.: JW. 1900, 586[1]; ebenso KG.: OLG. 29, 87). Diese Kostenentsch. widerspricht nach der Auffassung des Senats den Grundgedanken der §§ 91 ff. ZPO.; sie wird nicht durch die Vorschrift des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. erfordert, weil in einem solchen Falle der Kl. nicht schlechthin als unterliegende Partei angesehen werden kann. Es würde auch eine nicht zu rechtfertigende Begünstigung der Bekl. darstellen, wollte man sie von den gesamten Kosten des Rechtsstreits freistellen, und zwar bloß deshalb, weil der Kl. in einem Verhandlungstermin, in dem es nicht zur Entsch. gekommen ist, einen falschen Antrag gestellt hat.

Ebensowenig jedoch entspricht es der Sachlage, die gesamten Kosten, wie es das LG. getan hat, der Bekl. aufzuerlegen. Es kommt nicht auf die vom LG. für wesentlich gehaltene Frage an, ob der Kl. in der Verhandlung v. 17. Nov. 1930 von der inzwischen erfolgten Entpfändung der Parzellen Kenntnis gehabt hat oder nicht, und ebenso ist unerheblich, ob die Bekl. damals für ihre Behauptung Beweis angetreten oder den Beweis bereits geführt hatte. Der Kl. hätte, wenn er die Gefahr einer Beschränkung des Klageantrages ohne Nachprüfung der Richtigkeit der Behauptung der Bekl. nicht hätte auf sich nehmen wollen, Vertagung gemäß § 227 ZPO. vor Eintritt in die mündliche Verhandlung beantragen können. Diesem Antrage hätte das Gericht voraussichtlich stattgegeben; denn für die Zustellung des Schriftsatzes v. 14. Nov. 1930 war die Frist des § 132 ZPO. nicht gewahrt. Bestritt der Kl. statt dessen die Behauptung des Bekl., so tat er dies auf seine Gefahr.

Vielmehr erscheint es als der Sachlage angemessen, die Kosten des Rechtsstreits in entsprechender Anwendung des § 92 ZPO. zwischen den Parteien derart zu teilen, daß der Kl. die durch die verspätete Antragsbeschränkung entstandenen Kosten, die Bekl. die übrigen Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Wie auch das OLG. Karlsruhe: OLG. 5, 168 in einem derartigen Falle ausgeführt hat, entspricht es dem Rechtsgedanken der §§ 91, 93, 96 ZPO. und der Billigkeit, wenn der Kl. nur mit denjenigen Kosten belastet wird, die durch die nach Erledigung des Rechtsstreits erfolgte Fortsetzung des Prozesses entstanden sind.

(KG., 23. ZivSen., Beschl. v. 21. Mai 1931, 23 W 1461/31.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Hoche, Berlin.

*

14. § 91 ZPO. In einem Beschluß, der die Anordnung eines Arrestes oder die Anordnung einer einstweiligen Verfügung enthält, ist stets auch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. †)

(KG., 31. ZivSen., Beschl. v. 15. März 1930, 31 W 4860/30.)

Abgedr. JW. 1930, 3338[21].

*

Zu 13. Der obige Beschluß ist bedeutsam, weil er eine in der Praxis nicht selten vorkommende Frage entscheidet. Die Lösung, zu der er gelangt, ist m. E. theoretisch richtig und wird dem praktischen Bedürfnis und den Anforderungen der Billigkeit am besten gerecht.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Zu 14. Der Streit über die Frage, ob im Arrestbefehl eine Kostenentsch. zu treffen sei, will nicht zur Ruhe kommen. Während in der oben wiedergegebenen Entsch. der 31. ZivSen. und in JW. 1928, 2729 der 6. ZivSen. des KG. sich gegen die Mehrzahl der übrigen Senate des KG. für den Erlaß einer Kostenentsch. ausgesprochen haben, sind inzwischen zwei Beschl. des OLG. Hamburg (5. und 3. ZivSen.): JW. 1931, 1112 u. 2144 veröffentlicht worden, die wieder die Zulässigkeit einer Kostenentsch. verneinen. Der Streit dreht sich um die gleichen, immer wiederkehrenden Gesichtspunkte, über die man sich nicht einigen kann. Ob beim Arrestbefehl ein „Unterliegen" i. S. des § 91 ZPO. in Frage kommen könne, weil es infolge des Nichtvertretenseins des Gegners an einem „Streite" fehle. Während auf der einen Seite auf das Versäumnisurteil hingewiesen wird, das auch keinen „Streit" voraussetze und das Verfahren bei Nichterhebung des Einspruches ebenso abschließe wie der Arrestbefehl bei Unterlassen des Widerspruches, wird dem auf der anderen Seite entgegengehalten, daß beim Versäumnisverfahren der Gegner die Möglichkeit des Gehörs gehabt habe und der Abschluß des Verfahrens durch Versäumnisurteil auf seinem Verhalten beruhe, während beim Arrestbefehl die Nichtanhörung des Gegners und die so herbeigeführte Entsch. auf dem Begehren und dem Interesse des Antragstellers beruhe. Weiter dreht sich der Streit noch darum, ob die Kostenvorschriften deshalb Anwendung finden können, weil dem Gegner keine Gelegenheit zur Anerkennung des Arrestbegehrens gegeben sei und damit die Anwendung des § 93 ZPO. ausscheide. Ob der Arrest, der nur auf Sicherung gerichtet sei, durch Erlaß einer Kostenentsch. insoweit zur Befriedigung führen dürfe und endlich welches Verfahren zweckmäßiger sei, das mit oder ohne Kostenentscheid. Der Nachteil all dieser Gründe liegt darin — und um das zu zeigen, habe ich sie kurz skizziert —, daß sie zu der Sorte gehören, die zwar diejenigen zu überzeugen vermögen, die schon glauben, für die aber, die anderer Meinung sind, jeglicher Überzeugungskraft entbehren. Wenn — um nur eines herauszuheben — die Entsch. JW. 1930, 3338 als wesentlichen Beweisgrund auch die leider unvermeidliche, aber doch eine außergewöhnliche Maßnahme darstellende öffentliche Zustellung heranzieht, bei der ein Gehör des Gegners auch nicht gewährleistet ist, wenn sie mit mehr philologischer als juristischer Beweisführung den Begriff des „Streites" erörtert und dabei sogar mit dem Vergleiche arbeitet, daß das prozessuale Verfahren sich von einem „Streite" im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauches nicht weniger als ein Turnier von einer Prügelei unterscheide, so kann man nicht sagen, daß eine derartige Beweisführung einen Gegner überzeugen müsse. Ich will aber zu all diesen Streitpunkten gar keine Stellung nehmen, weil ich der Ansicht bin, daß die ganze Frage der Kostenentsch. in ein falsches Fahrwasser geraten ist. Ich halte die Methode, die — wie gerade in der vorliegenden Frage — sich an die Auslegung von Worten klammert und aus der Heranziehung von Ausnahmeregelungen weittragende Schlüsse zu ziehen versucht, für verfehlt und unfruchtbar, weil sie an der Oberfläche bleibt. Der richtige Weg, in dieser Frage zu einer Lösung zu kommen, kann — wie allgemein — nur der sein, aus der Gesamtregelung des Verfahrens des Arrestes und der EinstwVerf. in Verbindung mit den wesentlichen Grundsätzen des Verfahrensrechtes zu ermitteln versuchen, ob sich in sie der Erlaß einer Kostenentsch. hineinfügt oder nicht. Dabei ist die Frage, wie sich zeigen wird, nicht darauf zu beschränken, ob lediglich in dem ohne mündliche Verhandlung ergehenden Arrestbefehl eine Kostenentsch. zu ergehen hat, sondern dahin zu erweitern und zu vertiefen, wie es damit in dem Verfahren des Arrestes und der EinstwVerf. überhaupt steht, also auch wenn die Entsch. nach mündlicher Verhandlung ergeht. Die Vorschrift, die in dieser Richtung Aufschluß über die Tendenz des Gesetzes gibt, scheint mir der § 945 ZPO. zu sein, der merkwürdigerweise bisher gänzlich unbeachtet geblieben ist.

Nach § 945 hat, wenn sich die Anordnung eines Arrestes oder einer EinstwVerf. als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel entstanden ist. Dieser Anspruch ist anerkanntermaßen unabhängig von dem prozessualen Schicksal des Arrestes

(EinstwVerf.), es ist also unerheblich, ob die die Maßregel anordnende Entsch. aufgehoben worden ist oder nicht, es entscheidet vielmehr allein die sachliche Berechtigung oder Nichtberechtigung der Maßregel, wobei es darauf ankommt, ob im Zeitpunkte des Erlasses der Anspruch bestand und ein Arrestgrund vorlag. Es kann also sowohl ein ohne mündliche Verhandlung erlassener, nicht mit dem Widerspruche angegriffener Arrestbefehl, wie auch eine gegenüber Widerspruch und Berufung bestätigte Anordnung eines Arrestes oder einer EinstwVerf. von Anfang an unberechtigt sein. Es darf hier dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die Bejahung des Arrestgrundes durch den Richter des Arrest- und einstweil. Verfügungsverfahrens in der auf mündliche Verhandlung ergehenden Entsch. in Rechtskraft zu erwachsen und den über den Schadensersatzanspruch entscheidenden Richter zu binden vermag (vgl. Stein-Jonas § 945 Bem. II 2), hier kommt es nur auf das Grundsätzliche an, daß nämlich auch nach restlos durchgeführtem Verfahren und (wenn man es so nennen soll) rechtskräftiger Bestätigung der Anordnung die Maßregel sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweisen kann, und zwar wenn sie zugunsten eines nicht bestehenden Anspruches ergangen ist (vgl. Stein-Jonas § 945 Bem. II 3).

Geht man nun von einem Falle aus, in dem mündlich verhandelt worden ist — also beiden Teilen Kosten entstanden sind — und unterstellt man den Erlaß einer Kostenentsch., die entsprechend der Anordnung oder Bestätigung der Maßregel dem Gegner die Kosten des Verfahrens auferlegt hat, so ergibt sich, wenn die Maßregel sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, nach § 945 folgender Ausgleich: die Kosten des antragstellenden Teiles, die dieser gemäß der Kostenentsch. bei dem Gegner beigetrieben hat, sind dem Gegner als durch die Vollziehung der Maßregel entstandener Schade zu ersetzen. Hängen bleibt aber der Gegner an den Kosten, die ihm selbst im Verfahren der Anordnung, d. h. bei dem — nachträglich gesehen — vollberechtigten Versuche, den von vornherein unberechtigten Arrest (EinstwVerf.) abzuwenden, entstanden sind, denn sie beruhen nicht auf der „Vollziehung", sondern auf der „Anordnung", m. a. W. darauf, daß die Kostenentsch. ihm seine eigenen Kosten zu tragen aufgab und diese Kostenentscheidung fortbesteht. Ich für meinen Geschmack muß sagen: ein unmögliches Ergebnis — daß man für anderer Leute unberechtigte Arreste und EinstwVerf., die einem u. U. sowieso schon die größten Nachteile gebracht haben können, auch noch die Kosten der Anordnung tragen darf! Dieses Ergebnis kann auch mit dem Willen des Gesetzes und seinen wohlverstandenen Grundsätzen unmöglich übereinstimmen, denn nirgendwo sonst kennt das Gesetz die Ungerechtigkeit, daß die im Recht befindliche Partei ihre Kosten tragen muß. Da muß ein Fehler vorliegen. Die Lösung scheint mir folgende Erwägung zu bringen.

Den in der Novelle 1898 eingefügten § 945 hat man, soviel sich aus den Gesetzesvorarbeiten ersehen läßt, den gleichzeitig neugeschaffenen oder geänderten Regelungen in den §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 (weiterhin kurz § 717 genannt) nachgebildet und damit im ganzen wohl dasselbe Endergebnis erzielen wollen, was sich in den Fällen dieser Paragraphen ergab. Vergleicht man nun den § 945 mit den anderen genannten Vorschriften, so ergibt sich eine für die hier zu entscheidende Frage wesentliche Verschiedenheit, die noch nicht genügend beachtet worden ist. In § 717 ist der Schadensersatzanspruch auf das prozessuale Schicksal der vollstreckten Entsch. abgestellt, und zwar sowohl in seiner Voraussetzung wie in seinem Umfange, also darauf, ob und in welchem Maße die vollstreckte Entsch. aufgehoben oder abgeändert wird. Unter dem hier entscheidenden Gesichtspunkte der Kostenlast ist es wesentlich, die Verteilung der Funktionen zu erkennen, die sich für die Kostenregelung aus dem Gesamttatbestande des § 717 ergeben. Dadurch, daß bei § 717 eine neue Entsch. ergeht, erfolgt mit der Sachentscheidung eine neue Kostenentscheidung. Über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten unter den Beteiligten entscheidet diese letzte Kostenentsch., und zwar sowohl darüber, ob der Bekl. (der Gegner) seine eigenen Kosten, die er nach der früher ergangenen Entsch. zu tragen hatte, weiter zu tragen hat und wer die dem Kl. (Antragspartei) entstandenen und von ihm aus dem ersten Urteil beim Bekl. (Gegner) beigetriebenen Kosten endgültig zu tragen hat. Obsiegt der Bekl. ganz, so ändert die letzte Kostenentsch. die frühere gerade in ihr Gegenteil, indem sie die ganzen Kosten dem Kl. auferlegt — diese Entsch. hat demnach schon für sich (unabhängig von § 717) die Funktion, die Kostenverpflichtung zu regeln und für den Bekl. einen Titel zur Erstattung seiner eigenen Kosten gegenüber dem Kl. darzustellen, während dem in § 717 geschaffenen Schadensersatzanspruche nur die Funktion zukommt, dem Bekl. im selben Verfahren die Rückerstattung der vom Kl. bei ihm beigetriebenen, nach dem letzten Urteil nicht mehr geschuldeten Kosten des Kl. und die Erlangung eines Titels dafür zu ermöglichen. Durch diese gleichzeitige Verknüpfung von neuer Entsch. mit anderem Kostenausspruch und dem Schadensersatzanspruch in § 717 erhält der Bekl. (Gegner) sowohl seine eigenen Kosten nun von dem Kl. erstattet wie die an den Kl. geleisteten wieder zurück. Anders ist es jedoch bei § 945 ZPO., weil er den Schadensersatz nicht mit der Aufhebung oder Abänderung der anordnenden Entscheidung selbst verknüpft, sondern mit deren sachlicher Unberechtigtheit. Bleibt demnach die Entscheidung selbst und damit die Kostenregelung bestehen, so kann der Gegner nie die ihm selbst entstandenen Kosten ersetzt bekommen, weil sie ihm durch den Fortbestand der Entsch. allezeit auferlegt bleiben. Will man die Logik auf die Spitze treiben, so kann man sogar fragen, ob ihm der Schade, der ihm durch die Beitreibung der Kosten des Antragstellers zugefügt worden ist, durch die „Vollziehung" der angeordneten Maßregel entstanden ist und ob es überhaupt ein „Schade" ist. Denn die Verpflichtung, diese Kosten dem Antragsteller zu zahlen, ist durch die „Anordnung" und ihre Kostenentsch. entstanden und besteht gemäß dieser fortbestehenden Kostenentsch. weiter, da das Schadensersatzverfahren aus § 945 streng genommen nur Bedeutung für die sachliche Berechtigung der Maßregel — also zur Hauptsache — hat und die Kostenfrage nicht nachprüft (z. B. ob der Gegner von den Kosten der unberechtigten Maßnahme nicht wegen Säumnis oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch Teile der Kosten zu tragen hat). Was man aber auf eine noch fortbestehende Kostenentsch. und Verpflichtung gezahlt hat, kann eigentlich kein „Schade" sein.

Wenn man sich auf den Standpunkt der Gesetzesmaterialien stellt, daß § 945 dem § 717 nachgebildet ist, so gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder die Gesetzesverfasser haben nicht den Unterschied und die Folgen erkannt, die sich daraus ergeben, daß die §§ 717 usw. den Schadensersatzanspruch gerade mit dem Wegfall der die Kostenregelung enthaltenden Entsch. verknüpfen und daß die letztergehende Entsch. die Funktion hat, den Ersatz der dem Bekl. (Gegner) entstandenen eigenen Kosten zu regeln, während nach § 945 die frühere Entsch. und damit die Kostenregelung unberührt bleibt, so daß unterlassen wurde, für die Neuregelung der dem Gegner entstandenen eigenen Kosten gemäß der neuen Sachlage, nämlich der von Anfang an sich erweisenden Nichtberechtigung der Maßregel, Sorge zu tragen. Dann hätte das in § 717 gewollte und erreichte Gesamtergebnis, daß nämlich der endgültig obsiegende Bekl. (Gegner) weder eigene noch des Kl. Kosten zu tragen haben solle, in § 945, indem man sich mit dem Abschreiben der Regelung in § 717 begnügte, keinen vollgültigen Ausdruck erhalten. Oder man ging von der zur Zeit der Novelle 1898 wohl üblichen Praxis aus, nach der die Entsch. über die Kosten des Verfahrens des Arrestes und der EinstwVerf. auch bei erfolgter mündlicher Verhandlung dem Verfahren der Hauptsache vorbehalten blieb. Dann war allerdings kein Anlaß, in § 945 für die Regelung der Kostenfrage besondere Vorsorge zu treffen, sondern nur, wie es geschehen ist, zur Sache selbst. Welches auch die Erwägungen der Gesetzesverfasser, auf denen die Fassung des § 945 beruht, gewesen sein mögen, so viel darf als sicher angenommen werden, daß der in der Novelle 1898 durch die Gesamtregelung der §§ 717 usw. zum Ausdruck gekommene und den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen entsprechende Gedanke, nach dem eine Partei aus unberechtigten gerichtlichen Maßnahmen einer anderen Partei keinerlei Kostennachteile haben soll, auch für das Verfahren des Arrestes und der EinstwVerf. gelten soll. Das ergibt sich auch gerade wieder aus § 945 selbst. Wenn nämlich der Gegner nur die Kosten, die der Antragsteller bei ihm beigetrieben hat, wiedererhält, so würde das auf eine Teilung der im Anordnungsverfahren ergangenen Kostenentsch. hinauslaufen, indem die dem Gegner alle Kosten auferlegende Entsch. trotz ihres Fortbestehens insoweit abgeändert würde, daß der Antragsteller seine Kosten über den Schadensersatzanspruch doch zu tragen hätte. Ein vernünftiger Grund für die im Ergebnis eintretende Teilung der Kostenentsch. ist nicht ersichtlich, die Teilung wäre geradezu sinnlos. Es gibt nur eines von beiden: entweder völliger Fortbestand der nicht aufgehobenen Kostenentsch., was aber nicht in Einklang mit dem Wortlaut des § 945 stände, oder völlige Beseitigung gemäß der sachlichen Nichtberechtigung des Arrestes.

Die Folgerungen sind klar und zwingend: Da keine Entsch., die einen Arrest oder eine EinstwVerf. anordnet oder bestätigt — mag auch das Verfahren bis zum letztmöglichen Ende durchgeführt sein —, Gewähr dafür bietet, daß sich die angeordnete Maßregel nicht als von Anfang an ungerechtfertigt erweisen könnte, so verbietet sich jedenfalls da, wo auch dem Gegner schon eigene Kosten entstanden sind, eine Kostenentsch., weil damit die Befreiung von dieser Kostenlast bei dem späteren Erweisen der Nichtberechtigung ausgeschlossen wäre und ein nicht wieder gutzumachendes Unrecht geschähe. Damit komme ich zu einem, dem gegenwärtigen Stande der Streitfrage gerade widersprechenden Ergebnis, daß jedenfalls in den Entsch., die nach mündlicher Verhandlung ergehen, eine Kostenentsch. unzulässig ist, während beim Arrestbefehl, da bis dahin dem Gegner eigene Kosten noch nicht entstanden sind, aus den hier hervorgehobenen Gründen kein Einwand gegen eine Kostenentsch. herzuleiten wäre. Damit fällt aber auch für den Arrestbefehl ein Argument, das bisher für die Zulässigkeit der Kostenentsch. in ihm gegenüber dem Einwand, daß Arrest und EinstwVerf. nur der Sicherung und nicht der Befriedigung dienen dürften, geltend gemacht wurde, daß nämlich in den auf Widerspruch und mündlicher Verhandlung ergehenden Entsch. anerkanntermaßen eine Kostenentsch. zugelassen werde und so zur Befriedigung führe. Die Unzulässigkeit der Kostenentsch. auch im Arrestbefehl folgt aber aus einem anderen verfahrensrechtlichen Grunde, nämlich aus dem Gesichtspunkte, daß es ein Unding ist, in einem

Hamburg.

15. § 29 GKG. Einrede der Unzuständigkeit schließt die Ermäßigung der Prozeßgebühr bei Klagerücknahme aus.

In der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit ist sachlich zugleich ein Antrag auf Klageabweisung enthalten. Insoweit liegt daher ein Sachantrag vor, der die Anwendbarkeit des § 29 Abs. 2 GKG. ausschließt (vgl. Friedlaender, Anm. 14 zu § 29 GKG., S. 237).

(OLG. Hamburg, 3. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1931, Bs Z III 263/31; Z XIII 252/31.)

Mitgeteilt von Justizinspektor Brüning, Hamburg.

*

16. § 71 GKG. Schreibgebühren, die von einer Partei nach § 71 GKG. bezahlt sind, gelten bei vergleichsweiser Übernahme der Gerichtskosten als Parteiauslagen, da ihr Entstehen ausschließlich von dem Willen der Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten und nicht von einem gerichtlichen Willensakt abhängig ist.

(OLG. Hamburg, 4. ZivSen., Beschl. v. 7. Juli 1931, Bs Z IV 192/31, Z XIII 469/30.)

Mitgeteilt von Justizinspektor Brüning, Hamburg.

*

Kiel.

17. § 90 Abs. 4 GKG. Bedeutung des § 90 GKG. für den Streitgenossen der Partei, die Gebührenfreiheit genießt. †)

Durch Urt. des OLG. ist in Abänderung des Urt. des LG. die Klage gegen den Bekl. zu 1 (Postschaffner) rechtskräftig abgewiesen, die ihm erwachsenen Kosten sind dem Kl. auferlegt. Dagegen ist die Berufung der Bekl. zu 2 (Reichspost) zurückgewiesen, der Klaganspruch gegen sie ist dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, wegen der Höhe desselben ist Rückverweisung ausgesprochen. Vor dem LG. haben Kl. und Bekl. zu 2 sich sodann verglichen, wobei letztere die gesamten Kosten übernommen hat. Nach Erlaß des Urt. des OLG. hatte der Urkundsbeamte vom Bekl. zu 1 restliche Kosten zweiter Instanz erfordert und bekommen. Die Erinnerung der Bekl. zu 2 gegen jene dem Bekl. zu 1 in Rechnung gestellten Gebühren hatte keinen Erfolg:

Die Rückforderung ist — abgesehen davon, daß Bekl. zu 2 zur Einlegung der Erinnerung nicht befugt erscheint — sachlich unbegründet. Wegen der gezahlten Gebühren war der Bekl. zu 1 der Gerichtskasse gegenüber als Antragsteller der zweiten Instanz nach § 77 GKG. Schuldner. Als solcher ist er in Anspruch genommen und auch nach Erlaß des rechtskräftigen Urt. der Staatskasse gegenüber nach §§ 77, 86 a. a. O. haftbar geblieben. Er war Streitgenosse der Bekl. zu 2, ohne daß ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft vorlag. § 90 Abs. 4 a. a. O., welcher die Rückzahlung von Gebühren bei Übernahme von Kosten durch eine von der Zahlung von Gebühren befreite Partei anordnet, enthält keine Vorschrift zugunsten eines Streitgenossen der Partei, die Gebührenfreiheit genießt, sondern nur zugunsten des Gegners. Der Gegner wird befreit, wenn die Kosten der befreiten Partei auferlegt oder von ihr übernommen werden. Der Streitgenosse der befreiten Partei kann aber nicht dadurch der Gerichtskasse gegenüber befreit werden, daß die befreite Partei die Kosten zu übernehmen erklärt, die der Gegner im Verhältnis zu dem nicht notwendigen Streitgenossen rechtskräftig zu tragen verurteilt ist. Mit der Erinnerung wird nicht eine Befreiung geltend gemacht, die der Kl. genießt, sondern eine solche, die nach Meinung der Bekl. zu 2 dem Bekl. zu 1 zusteht. Dem Bekl. zu 1 steht aber keine Befreiung zu, sondern nur dem Kl., soweit die Bekl. zu 2 Kosten des Rechtsstreits zwischen ihnen beiden übernommen hat. Eine Befreiung des Bekl. zu 1 auf Grund des § 90 Abs. 4 a. a. O. hätte also selbst dann nicht eintreten können, wenn die Bekl. zu 2 und der Kl. sie hätten herbeiführen wollen. Wirkt aber § 90 Abs. 4 überhaupt nicht zugunsten des Bekl. zu 1, so kann eine Befreiung aus seinem Recht heraus überhaupt nicht beansprucht werden. Aus dem Recht des Kl. heraus kann aber die Bekl. zu 2 — ihre Befugnis hierzu unterstellt — Rückzahlung der Gebühren schon aus dem Grunde nicht beanspruchen, weil sie vom Kl. gar nicht bezahlt sind, mithin ein Rückzahlungsanspruch des Kl. nicht vorliegt. Auch aus § 81 a. a. O. kann ein Rückzahlungsanspruch nicht hergeleitet werden, da § 81 nur den Fall einer gerichtlichen Aufhebung oder Abänderung einer Entsch. betrifft, nicht aber den Fall vergleichsweiser Erledigung.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 21. Mai 1931, 2a E L 10/31.)

Mitgeteilt von LGR. Schumacher, Altona.

---

früheren Teile des Verfahrens eine Kostenentsch. zu erlassen, die in dem späteren Teile — auch wenn die Entsch. zur Sache bestehen bleibt — nicht aufrechterhalten bleiben könnte, sondern wegfallen müßte. Somit ist das Ergebnis, daß im Verfahren des Arrestes und der EinstwVerf. im ganzen eine Kostenentsch. unzulässig ist.

LGR. Dr. Karl Münzel, Koblenz.

Zu 17. Wenn einer Partei, wie hier der Bekl. zu 2, persönliche Gebührenfreiheit zusteht, so würde, wenn dieser Partei Kosten auferlegt oder von ihr übernommen werden, an sich das für einen anderen Kostenschuldner nach §§ 82 Abs. 2, 86 Satz 2 GKG. höchstens die Zurückdrängung in die Stelle eines Zweitschuldners bedeuten. Nun bestimmt aber § 90 Abs. 4 GKG.: „Soweit demjenigen, welchem die Gebührenfreiheit zusteht, Kosten des Verfahrens auferlegt oder von ihm übernommen werden, sind Gebühren überhaupt nicht zu erheben und erhobene zurückzuzahlen." Damit soll verhindert werden, daß auf dem Umwege des Kostenfestsetzungsverfahrens die persönliche Gebührenfreiheit wirkungslos gemacht wird, § 90 Abs. 4 ist deshalb nur auf den Gegner der gebührenfreien Partei zu beziehen. Dem Streitgenossen dieser Partei kommt § 90 Abs. 4 nicht zugute; eine Gesamthaftung der Streitgenossen, die zu einem Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB. führen könnte, entfällt hier, weil eben der eine Streitgenosse gar nicht Gebührenschuldner war und ist. Die Entsch. trifft danach zu. Sie hebt auch mit Recht hervor, daß die Erinnerung des § 4 GKG. stets nur zugunsten des in Anspruch Genommenen, nicht für einen anderen Haftbaren erhoben werden kann (Friedlaender, GKG. § 4 Anm. 7, 8).

LGR. Dr. A. Friedlaender, Limburg (Lahn).

18. §§ 97, 522 ZPO. Wenn die Anschlußberufung durch Zurücknahme der Berufung wirkungslos wird, muß der Anschließende die Kosten der Anschlußberufung tragen.

Das RG. hat die Auffassung vertreten, daß, falls die von vornherein und an sich zulässig erhobene Anschlußrevision durch Zurücknahme der Rev. vor Beginn der mündlichen Verhandlung wirkungslos wird, dem RevKl. auch die Kosten der Anschlußrevision aufzuerlegen sind (RG. 95, 121, 122; ebenso Stein-Jonas, 14. Aufl., Anm. I zu § 97 ZPO.).

Diesem Ergebnis ist der erk. Sen. bez. der Kosten der Anschlußberufung bereits in seinem Beschl. v. 29. Sept. 1925 (2 W 213/25) entgegengetreten (LZ. 1926, 549). Daß die Kosten der Anschlußberufung ein Teil der durch die Berufung entstandenen Kosten seien, kann nicht anerkannt werden. Wenn der BerKl. seine Berufung zurücknimmt, so bekennt er sich damit zu dem durch das Rechtsmittel angefochtenen Urteil, er unterliegt also hinsichtlich seiner Berufung. Mit der ihre Wirkung verlierenden Anschließung ist aber nicht der BerKl., sondern der Anschließende unterlegen. Das Besondere ist nur, daß die Zurücknahme der Berufung nicht nur für den BerKl. den Verlust seines Rechtsmittels, sondern gleichzeitig für den Anschließenden den Verlust der Wirkung der Anschließung zur Folge hat. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Rechtsmittelkl. genötigt werden könnte, nur deshalb von der Zurücknahme seines als unbegründet erkannten Rechtsmittels abzusehen, um eine Verhandlung der Anschlußberufung zu ermöglichen, und es ist im Gesetze nicht begründet, im Falle der Zurücknahme des Rechtsmittels über die Kosten der Anschließung anders zu entscheiden als bei sonstiger Erfolglosigkeit der Anschließung. Da der Anschlußberufung der Erfolg versagt blieb, fallen gem. § 97 ZPO. die Kosten dieses Rechtsmittels dem Antragsgegner zur Last. Wer eine solche unselbständige Anschlußberufung nach Ablauf der Berufungsfrist und vor Beginn der Einlassung in die mündliche Verhandlung einlegt, handelt auf seine eigene Gefahr. Er weiß, daß er ein Rechtsmittel einlegt, das ohne sein Zutun lediglich durch eine Handlung des Gegners seine Wirkung verlieren kann. Tritt dieser Fall ein, so fehlt es an jedem Rechtsgrunde, die Kosten der erfolglosen Anschlußberufung dem Gegner aufzuerlegen. Eine solche Entsch. würde dem Grundgedanken des § 97 ZPO. und der sonst überall anerkannten kostenrechtlichen Selbständigkeit der Anschlußberufung widersprechen. Zutreffend ist ferner folgende Erwägung des OLG. Celle, welches in Übereinstimmung mit dem erk. Sen. den Standpunkt vertreten hat, daß bei der Zurücknahme der Berufung die Kosten der Anschlußberufung von demjenigen zu tragen sind, der dies Rechtsmittel eingelegt hat. Es ist Sache des BerKl., wie er die Anschlußberufung zu Fall bringen will. Gelingt ihm dies durch sachliche Einwendungen, so muß der Anschließende die Kosten der Anschlußberufung tragen. Es ist nicht einzusehen, weshalb es anders sein sollte, wenn der BerKl. die Anschlußberufung dadurch zu Fall bringt, daß er seine eigene Berufung zurücknimmt. In beiden Fällen ist durch die Verteidigungsmaßregeln des BerKl. dem mit der Anschlußberufung geltend gemachten Rechtsmittel der Boden entzogen, und es ist daher nicht verständlich, weshalb in dem letzten Fall die Kosten der Anschlußberufung dem BerKl. zur Last fallen sollen (vgl. JW. 1925, 1897, 2801).

Nach alledem kann nicht angenommen werden, daß die Kosten der Anschlußberufung ein Teil der durch die Berufung entstandenen Kosten seien. Diese Kosten sind nicht durch die Einlegung der Berufung, sondern durch die Einlegung der Anschlußberufung erwachsen und sind, da die Anschlußberufung infolge der Zurücknahme der Berufung ohne Erfolg blieb, gem. § 97 ZPO. von der Partei zu tragen, die das Rechtsmittel eingelegt hatte.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Urt. v. 1. Mai 1931, 2 U 86/31.)

Mitgeteilt von Vizepräs. Dr. Matthiessen, Kiel.

Berlin. **V. Armenrecht.**

19. § 123 Abs. 1, 2 ZPO. setzt rechtskräftige Verurteilung in die Kosten voraus.†)

(KG., Beschl. v. 2. März 1931, 20 W 1612/31.)

Abgedr. JW. 1931, 1838[35].

Zu 19. A. Anm. Friedlaender, ebenda.

B. Das KG. schließt sich dem vom RG. wiederholt eingenommenen Standpunkt an, in beiden Absätzen des § 123 ZPO. sei unter „Verurteilung" in die Prozeßkosten die rechtskräftige Verurteilung zu verstehen. Neue Gründe führt es nicht an, es verwahrt sich nur dagegen, daß es in seiner Entsch. in BBl. 1929, 71 starke Bedenken gegen die Ansicht des RG. geäußert habe. Die Gründe, die gegen diese Ansicht sprechen, können hier nicht dargelegt werden. Das muß an anderer Stelle geschehen. Wenn man aber der Ansicht des RG. folgt, kann der vorliegenden Entsch. weder in ihrer Begründung noch in ihrem Ergebnisse beigetreten werden. Der Bekl. war in erster Instanz in die Kosten verurteilt. Er ist dadurch Schuldner der Gebühren und Auslagen (mit Ausnahme der Schreib- und Postgebühren des Kl.) geworden (§§ 79, 80 GKG.). Ist durch das — nicht rechtskräftig gewordene — Urteil nicht die einstweilige Befreiung des Bekl. aus § 120 ZPO. beseitigt, so wurden sie ihm eben auf Grund des § 120 gestundet, wie sie auch dem Kl. gestundet waren und blieben. Sie konnten, nachdem der Rechtsstreit in der BerInst. ohne Urteil über die Kosten beendigt war, in ihrem vollen Betrage von dem Bekl. eingezogen werden (zweiter Fall des § 123 Abs. 2 ZPO.). Die durch gerichtliche Entsch. gem. § 79 GKG. begründete Zahlungspflicht erlischt nach der herrschenden Meinung nicht durch eine nachträgliche anderweite Vereinbarung der Parteien. Dies ist auch die ständige Ansicht des KG. (vgl. z. B. JW. 1928, 1520; BBl. 1929, 71 und 1930, 106). Daß das KG. von diesen seinen Entsch. abgehen wollte, erhellt nicht. Dann konnte aber der Vergleich, durch den die Parteien die Kosten je zur Hälfte übernahmen, die Zahlungspflicht des Bekl. für die ganzen Kosten nicht beseitigen.

Der Entsch. könnte aber auch dann nicht beigetreten werden, wenn die durch die gerichtliche Entsch. begründete Zahlungspflicht durch den Vergleich weggefallen und so für die Zahlungspflicht der Vergleich und die in ihm erklärte Übernahme maßgebend wären. Der Bekl. hat die Gerichtskosten in ihrer Gesamtheit zur Hälfte übernommen, nicht die Hälfte jeder einzelnen Gebühr oder Auslage. Muß er eine einzelne Gebühr oder Auslage aus einem anderen Grunde ganz zahlen, so ist deren Betrag ganz von der von ihm geschuldeten Hälfte der gesamten Gerichtskosten abzuziehen. Ist jener Betrag höher als die Hälfte, so bleibt für die Geltendmachung der Zahlungspflicht aus der Übernahme kein Raum mehr. Der Staat kann die sich aus §§ 77, 79 (erster Fall), §§ 84, 86 GKG. ergebende Zahlungspflicht (Vorschußpflicht) oder die Zahlungspflicht aus der Übernahme (§ 79 zweiter Fall) ausnutzen, je nachdem das eine oder das andere für ihn günstiger ist, nicht aber beide nebeneinander (vgl. OLG. Marienwerder: BBl. 1904, 223 und die zu dem § 88 GKG. a. F. ergangenen Entsch. bei Rittmann, Komm., 6. Aufl., Anm. 3 zu § 87). Im vorliegenden Falle mußte der Bekl. die ganzen Auslagen zahlen, die durch die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen in erster Instanz entstanden waren, ferner die ganze Prozeßgebühr zweiter Instanz. Wenn sich also, wie das KG. angenommen hat, die Zahlungspflicht nach der Übereinkunft (Übernahme) richtet, geht es nicht an, von dem Bekl. einfach die Hälfte der Gebühren erster Instanz einzuziehen.

Die Postgebühren für die Ladung der Zeugen und Sachverständigen gehören zu den durch deren Vernehmung entstandenen Auslagen. Von den Schreib- und Postgebühren für erteilte Ausfertigungen und Abschriften fallen die des Bekl. unter §§ 120, 123 Abs. 2, die des Kl. unter §§ 115 Abs. 2, 123 Abs. 1 ZPO. Die ersteren muß der Bekl. zahlen (§ 123 Abs. 2, zweiter Fall), die letzteren nicht, auch nicht etwa infolge der Übernahme zur Hälfte; denn auf sie erstreckt sich eine Übernahmeerklärung nur dann, wenn die Übernahme ausdrücklich auf sie ausgedehnt wird. Dies ergibt sich daraus, daß § 80 GKG. die Zahlungspflicht für sie besonders regelt, sie also von der im § 79 das. gegebenen Zahlungspflicht ausnimmt (nicht streitig).

Justizamtmann i. R. Peter Wenz, Köln.

Hamburg. **VI. Konkursordnung.**

20. §§ 78 ff. KO. Zum Konkursverwalter kann nur eine natürliche, nicht eine juristische Person bestellt werden.†)

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 12. Mai 1931, Bs Z III 83/31.)

Abgedr. JW. 1931, 2155[36].

*

Zu 20. I. In formeller Hinsicht bietet die Entsch. keinen Anlaß zur Beanstandung.

1. Die zweiwöchentliche Beschwerdefrist gegen den Beschluß des AG. begann trotz Verkündung erst mit der Zustellung von Amts wegen — als solche gilt die öffentliche Bekanntmachung (§ 577 Abs. 2 ZPO.; § 73 Abs. 2 und 3 KO.; § 76 Abs. 1 und 3 daselbst) —; die Einlegung des Rechtsmittels war aber auch schon vorher zulässig (RG. 40, 391; 50, 347). Dem BeschwF. stand als Konkursgläubiger das Beschwerderecht zu; der Gläubigerversammlung ist es nicht gegeben (RG.: JW. 1895, 329[20]).

2. Die weitere sofortige Beschwerde war ebenfalls an sich statthaft, da nicht duae conformes vorlagen, vielmehr in der Entsch. des BeschwG. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist (RG. 42, 352). Der BeschwF. gegen den landgerichtlichen Beschluß war ebenfalls ein Konkursgläubiger, also beschwerdebefugt, er hat das Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt, da in Ermangelung der Zustellung des angefochtenen Beschlusses der Lauf der Frist noch nicht begonnen hatte.

II. In sachlicher Beziehung gebe ich der in dem Beschluß des OLG. vertretenen Auffassung den Vorzug vor der des LG.

Das RG. 105, 101 hat sich in der im Schrifttum vielfach behandelten Streitfrage, ob eine AktG. oder eine GmbH. als persönlich haftender Gesellschafter einer OHG. oder KommGes. zuzulassen sei, für die Zulassung ausgesprochen. Daraus hat dann das KG.: JW. 1930, 1410[3] gefolgert, daß zum Liquidator einer GmbH. oder einer sonstigen Handelsgesellschaft auch eine juristische Person bestellt werden kann. Aber diese Folgerung erscheint, auch wenn man nicht schon den Standpunkt des RG. mit Brodmann: JW. 1922, 1656; 1923, 227 und 683 für verfehlt erachtet, keineswegs schlüssig. Vgl. hierzu insbes. Brodmann in der Anm. zur KGEntsch. Indessen kommt es auch hierauf nicht an. Denn der Schluß, daß eine juristische Person nicht als Konkursverwalter ausgeschlossen werden kann, weil sie Liquidator sein kann, verkennt die Wesensverschiedenheit der Rechtsstellung in dem einen und dem anderen Falle.

a) Liquidatoren sind regelmäßig die bisherigen Gesellschafter bzw. die bisherigen gesetzlichen Vertreter, sofern hierzu nicht etwa schon durch den Gesellschaftsvertrag oder bei der AktG. durch Beschluß der Generalversammlung andere Personen bestimmt sind. Dagegen wird der Konkursverwalter von dem Gericht ernannt und dieses kann, wenn die Gläubigerversammlung demnächst eine andere Person wählt, die Ernennung des Gewählten versagen (§§ 78, 80 KO.).

Der Konkursverwalter steht aber ferner unter der Aufsicht des Konkursgerichts (§ 83 KO.). Dem Konkursrichter liegt mithin die Verpflichtung ob, die Tätigkeit des Konkursverwalters dauernd zu überwachen und gegen Pflichtwidrigkeiten desselben einzuschreiten. Der Grundsatz des Amtsbetriebs beherrscht das Konkursverfahren, wie insbes. aus § 75 KO. erhellt. Der Konkursverwalter, nicht der Liquidator, wird im öffentlichen Interesse behufs Durchführung der Zwecke des Konkurses bestellt. Hierauf beruht das ihm in § 99 KO. unter dessen Voraussetzungen eingeräumte Recht, die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefaßten Beschlusses zu untersagen. Ferner fließt daraus die allerdings nur einstweilige Befugnis des Gerichts zur Untersagung der Schließung des Geschäfts des Gemeinschuldners (vgl. hierzu meine Anm. zum Beschluß des OLG. Königsberg: JW. 1931, 2149). Der Liquidator ist lediglich Geschäftsführer der Liquidationsgesellschaft im Innenverhältnis und ihr gesetzlicher Vertreter nach außen; seine Bestellung erfolgt in der Regel ohne richterliche Mitwirkung auf Grund eines Privatwillensaktes.

Es verschlägt auch nichts, daß man vielfach die Ernennung einer juristischen Person zum Testamentsvollstrecker für zulässig erachtet. Denn die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gleicht ebensowenig wie die des Liquidators der des Konkursverwalters. Dieser ist nicht wie jener ein durch Privatwillkür berufener Vertreter (vgl. meine Anm. zu OLG. München: JW. 1931, 2158[40]), sondern ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ in einem von dem Gerichte eröffneten, unter gerichtlicher Aufsicht sich vollziehenden, besonders gestalteten Abwicklungsverfahren.

b) Der Konkursrichter muß deshalb auch in der Lage sein, jederzeit mit dem Konkursverwalter Fühlung und Rücksprache zu nehmen und zwar mit ihm selbst und nicht bloß mit seinen Angestellten. Er wird nicht selten gezwungen sein, zu diesem Zwecke den Konkursverwalter plötzlich an Gerichtsstelle zu berufen. Der gesetzliche Vertreter der juristischen Person — häufig sind es sogar mehrere — wird solcher ungewöhnlichen Vorladung nur ausnahmsweise Folge leisten können und wollen. Er wird auch sonst die Bearbeitung und Terminswahrnehmung seinen Angestellten überlassen, wodurch dem Gerichte die Möglichkeit einer Prüfung entzogen oder erschwert wird, ob seine Eignung für das Amt gegeben ist.

c) Nach alledem vermag ich mich der Ansicht nicht anzuschließen, daß auch eine juristische Person zum Konkursverwalter bestellt werden kann. Ich habe diesen Standpunkt bereits früher für das gerichtliche Vergleichsverfahren (Bendix, VerglO. S. 95 Anm. 1) vertreten und wiederhole hier meine damaligen Ausführungen:

Juristische Personen können ebensowenig wie als Konkursverwalter als Vertrauenspersonen ernannt werden, da es hier

Königsberg.

21. §§ 98, 137, 132 KO. Nichtigkeit eines Gläubigerversammlungsbeschlusses bei Verstoß des Konkursrichters gegen § 98 KO. †)

In einem Konkursverfahren hatte der Konkursrichter in dem Beschluß, mit dem er die Gläubigerversammlung berief, angeordnet, daß in ihr eintretendenfalls auch über die im § 132 KO. bezeichneten Gegenstände, d. h. u. a. auch über die Bestimmung einer Hinterlegungsstelle, beschlossen werden sollte, und diesen Beschluß als Teil des Eröffnungsbeschlusses nach § 111 KO. auch den bekannten Gläubigern zustellen lassen. In der öffentlichen Bekanntmachung im Reichsanzeiger, Regierungsamtsblatt und in den Tageszeitungen war der Hinweis auf die in § 132 KO. bezeichneten Gegenstände ausgelassen worden. Die Gläubigerversammlung beschloß u. a., eine bestimmte Bank als Hinterlegungsstelle für den Konkursverwalter anzunehmen. Der Konkursverwalter hob im Laufe des Verfahrens verschiedentlich Gelder von der Bank gegen eigene Quittung, ohne Mitunterzeichnung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses — § 137 KO. — ab, wurde wegen Untreue seines Amtes enthoben, und der neue Konkursverwalter verlangte von der Bank nochmals Zahlung der von seinem Amtsvorgänger unterschlagenen Gelder, weil dessen Quittung ohne die Mitunterschrift eines Gläubigerausschußmitgliedes nicht rechtsverbindlich gewesen sei. Die Bank als Bekl. hat eingewendet, sie sei wegen Nichtigkeit des Gläubigerversammlungsbeschlusses keine Hinterlegungsstelle i. S. des § 137 KO. geworden und habe deshalb das Konto als persönliches Guthaben des früheren Verwalters ansehen dürfen.

LG. und OLG. haben die Klage abgewiesen. Das OLG. rechtfertigt die Nichtigkeit des Gläubigerversammlungsbeschlusses über die Einrichtung der Hinterlegungsstelle mit folgenden Ausführungen. Wenn § 76 KO. das auszugsweise Einrücken der öffentlichen Bekanntmachungen in die Zeitungen gestattet, so ist damit nicht gemeint, daß Gegenstände der Tagesordnung, deren Veröffentlichung § 98 KO. zwingend vorschreibt, in der Bekanntmachung fortgelassen werden können, wie es hier geschehen ist. Solches Fortlassen ist kein Auszug; ein solcher erfordert, daß inhaltlich das Wesentliche angegeben wird. Sonst würde dem § 98 KO. jede Bedeutung genommen werden. Auch aus dem § 132 KO. geht nicht hervor, daß eine vollständige Angabe der Gegenstände der Tagesordnung in der öffentlichen Bekanntmachung entbehrlich ist: Die Bestimmung regelt nur allgemein die Zuständigkeit der Gläubigerversammlung über die dort vorgesehenen Gegenstände, schreibt aber nicht vor, daß hierüber gerade in der ersten Gläubigerversammlung beschlossen werden soll. Insofern steht die Tagesordnung der ersten Gläubigerversammlung nicht schon gesetzlich fest, und es läßt sich nicht etwa aus diesem Grunde die Unvollständigkeit der Veröffentlichung als unschädlich bezeichnen. Rechtlich bedeutungslos ist, daß der Eröffnungsbeschluß mit der vollständigen Tagesordnung der Bekl. als Konkursgläubigerin nach § 111 KO. zugestellt worden ist, denn unabhängig davon schreibt § 98 die öffentliche Bekanntmachung aller Gegenstände der Tagesordnung vor. Das ist als Mußvorschrift zwingend. Der Konkursrichter darf einen Beschluß über einen nicht öffentlich bekanntgemachten Gegenstand nicht zulassen; ergeht ein Beschluß trotzdem, so ist er nichtig, es sei denn, daß alle Beteiligten anwesend waren und keiner widersprach. Hier sind aber nach dem Protokoll in den Konkursakten nur wenige Gläubiger zugegen gewesen, darunter nicht die Bekl., deshalb kann ihr auch ein arglistiges Verhalten nicht vorgeworfen werden. Das OLG. führt noch des näheren aus, daß eine Anordnung des Konkursrichters gem. § 129 Abs. 2 KO. über die Bestimmung der Bekl. als Hinterlegungsstelle nicht vorliegt, insbes. nicht in der Nichtbeanstandung des Beschlusses der Gläubigerversammlung über die Hinterlegungsstelle zu erblicken ist, weil ihm dessen Nichtigkeit gar nicht bekannt war.

(OLG. Königsberg, 1. ZivSen., Urt. v. 17. März 1931, 2 U 220/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Ermel, Königsberg i. Pr.

*

Stuttgart.

22. §§ 1, 113 KO.; §§ 20, 17 RHeimstG. Das Konkursgericht kann die Eintragung des Konkursvermerks bei der Heimstätte verlangen. †)

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Beschl. v. 2. März 1931, FG 3.)

Abgedr. JW. 1931, 2159 [49].

---

vorzugsweise auf den persönlichen Verkehr mit dem Schuldner und dem Gericht ankommt, dessen Leitung des Vergleichsverfahrens und Aufsichtsrecht (§ 45) sonst erschwert würde; die Auswahl soll ja auch nach der Tauglichkeit und Tüchtigkeit der persönlich Handelnden erfolgen, während dort nur durch gesetzliche Vertreter bzw. bloße Angestellte, die leicht wechseln können, gehandelt wird... Aus den gleichen Gründen sind OHG. ausgeschlossen. Dagegen ist die Ernennung der persönlich haftenden Gesellschafter ebenso wie die der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen als selbständiger Einzelwesen, nicht ihrer Machtgeber, für fremde Vergleichsverfahren statthaft.

JR. Bendix, Breslau.

Zu 21. Das OLG. hat die Frage nicht geprüft, ob die Verwaltung der Bank als Hinterlegungsstelle und der Konkursverwalter einen Beschluß der Gläubigerversammlung ohne weiteres als nichtig behandeln dürfen, ehe das Konkursgericht oder die BeschwInst. diesen Beschluß für nichtig erklärt hat. Die Gläubigerversammlung ist ein durch die KO., also vom Staate geschaffenes Organ für das Konkursverfahren, das nur tätig wird auf Berufung durch den Konkursrichter und unter seiner Leitung. Das Konkursverfahren ist ein Stück der Rechtspflege — ob der streitigen oder der nichtstreitigen, mag hier dahingestellt bleiben —, die Gläubigerversammlung ist somit ein Rechtspflegeorgan (Voß: ArchZivPr. 97, 411, 416 ff.). So wenig der Beschluß eines anderen Rechtspflegeorganes von irgend jemand als nichtig behandelt werden darf, solange die Nichtigkeit nicht rechtskräftig festgestellt ist, so wenig darf das gegenüber den Beschlüssen der Gläubigerversammlung geschehen. Auch das sonstige Verfahren der Bank ist nicht einwandfrei. Das RG. hat wiederholt (RG. 54, 212; 80, 38 = JW. 1912, 918) ausgesprochen, daß § 137 KO. nicht durch Vereinbarung zwischen Verwalter und Hinterlegungsstelle außer Kraft gesetzt werden kann. Noch weniger kann dies zulässig sein, durch eine Handlung der Hinterlegungsstelle allein; es ist daher unerheblich, daß das Urteil eine Vereinbarung zwischen Konkursverwalter und Bank nicht ausdrücklich feststellt, sondern nur vermuten läßt. Da die Bankverwaltung den Beschluß der Gläubigerversammlung kannte, liegt die Vermutung nahe, daß der Verwalter für die Konkursmasse hinterlegen wollte, die Bank sich geweigert hat und man sich dann dahin einigte, daß die Bank das Geld zugunsten eines persönlichen Guthabens des Hinterlegenden annahm. Daß auf diesem Wege die Massegelder gefährdet werden, hat der Fall bewiesen.

§ 137 KO. gilt für alle Fälle des § 129 Abs. 2 und § 132 Abs. 1 KO. Hatte die Bank Zweifel an der Gültigkeit des Beschlusses und wollte sie die Annahme des Depots nicht schlechthin ablehnen, so konnte sie es vorläufig für die Masse annehmen und mußte beim Konkursgericht, eventuell in der BeschwInst., einen Beschluß über die Gültigkeit erwirken (L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht S. 170, 171). Die Bank hätte das Geld also nur zugunsten des Massevermögens des Gemeinschuldners annehmen und gegen Quittung des Konkursverwalters allein nur dann zahlen dürfen, nachdem sie durch das Gericht festgestellt hatte, daß sie nicht zur Hinterlegungsstelle bestimmt sei, weil der Beschluß nichtig war, oder daß die Gläubigerversammlung eine Abweichung von § 137 KO. beschlossen hat (RG. 80, 40).

Geh. JR. Prof. Dr. Kleinfeller, Kiel.

Zu 22. Dem Urteil ist nicht zuzustimmen.

Die Entscheidung hängt von zwei Fragen ab:

1. Gehört die Heimstätte zur Konkursmasse des Heimstätters?

2. Ist das GBA. befugt, die dem Eintragungsersuchen nach § 113 KO. zugrunde liegende Rechtsansicht des Konkursgerichts, die Heimstätte gehöre zur Masse, nachzuprüfen?

Zu 1: Nach § 1 Abs. 1 KO. erstreckt sich das Konkursverfahren auf das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. § 20 Abs. 1 RHeimstG. bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung in einer Heimstätte wegen einer persönlichen Schuld des Heimstätters unzulässig ist.

Zulässig ist sie nur zur Vollstreckung aus dinglichen Belastungen. Jedoch dient das Konkursverfahren nur der Befriedigung persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners.

In gewissen Fällen ist nach dem RHeimstG. allerdings auch persönlichen Gläubigern der Zugriff erlaubt (§ 20 Abs. 2 und 3). Hat die Schuld des Heimstätters bereits bestanden, als er die Heimstätte erwarb, so kann sich der Gläubiger unter gewissen Einschränkungen aus ihr befriedigen. Auch bleiben die Vorschriften über die Beitreibung öffentlicher Abgaben, soweit sie die Vollstreckung in Grundstücke vorsehen, unberührt (vgl. dazu § 345 RAbgO.). Jedoch kommt es hierauf nicht an. Denn ein Gegenstand, in den nach dem Gesetz nur einzelne Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben dürfen, gehört nicht zur Konkursmasse. Vielmehr erfaßt der Konkurs nur die auch im Wege der Einzelvollstreckung allen Gläubigern zugänglichen Vermögensgegenstände. Auch die nach § 850 Abs. 4 ZPO. nur von einzelnen Gläubigern pfändbaren Forderungen gehören nicht zur Masse (Jaeger, KO., 6./7. Aufl., § 1 Anm. 18, 28).

Nun weist aber Jaeger (a. a. O. Anm. 19a) auf den § 11 Abs. 1 RHeimstG. hin, in dem es heißt, daß im Falle der Ver-

Breslau.

VII. Vergleichsordnung.

23. §§ 3, 70 VerglO. beziehen sich nicht nur auf den Fall einer Befriedigung des Gläubigers durch eigentliche Zwangsvollstreckung, sondern auch auf Zahlungen zur Abwendung einer bevorstehenden Versteigerung. †)

Die Bekl. ließ auf Grund eines Urt. v. 22. Okt. 1929 bei der Kl. am 5. Nov. 1929 pfänden. Versteigerungstermin wurde auf den 26. Nov. 1929 angesetzt. Am 25. Nov. 1929 zahlte die Kl. zur Abwendung der weiteren Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher 3153,10 *RM*. Inzwischen hatte sie am 23. Nov. 1929 die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens beantragt. Das Verfahren wurde am 25. Dez. 1929 eröffnet und endete mit einem Vergleich vom 25. März 1930, durch welchen den Gläubigern ratenweise Zahlung ihrer Forderungen zugestanden wurde. Die Kl. hat unter Berufung auf § 70 VerglO. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an sie 3153,10 *RM* nebst 2% Zinsen über den jeweiligen Reichsbankdiskont zu zahlen. Die Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt. Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat der Berufung stattgegeben, und zwar aus folgenden Gründen:

§ 70 VerglO., auf den sich der Kl. stützt, setzt voraus, daß der Gläubiger „durch Zwangsvollstreckung" eine (Sicherung oder) Befriedigung erlangt hat. Die Frage, ob Fälle der vorliegenden oder ähnlicher Art der Vorschrift unterliegen, ist umstritten (vgl. insbes. Kiesow, VerglO., 3. Aufl., Anm. zu § 23; JW. 1929, 90 f., 566, 1674, 1676; 1930, 111, 668, 2813). Im gegebenen Fall ist die Bekl. wegen ihres Anspruchs zur Pfändung geschritten und die Kl. hat einen Tag vor der angesetzten Zwangsversteigerung, um diese zu verhüten, gezahlt. Die Anwendbarkeit des § 70 VerglO. auf diesen Fall und damit gleichzeitig auf alle Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung bereits eingeleitet ist und zur Abwendung ihrer weiteren Durchführung der Gläubiger befriedigt wird, ist zu bejahen.

Zunächst ist der Auffassung des LG. entgegenzutreten, daß § 70 VerglO. eine Ausnahmevorschrift darstelle und deshalb eng auszulegen sei. Sie ist wie die anderen Bestimmungen der VerglO. im Rahmen des — allerdings in seiner Gesamtheit besonderen — Verfahrens des Vergleiches zur Abwendung des Konkurses getroffen und denselben Auslegungsregeln wie andere Gesetze unterworfen. Die Auslegung darf nicht formalistisch, sondern muß nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes erfolgen. Es handelt sich dabei auch nicht um Ausdehnung einer gesetzlichen Vorschrift auf andere, an sich von ihr nicht berührte Fälle, sondern gerade um die Frage, ob diese Fälle von ihr mitumfaßt werden. Wenn der Gläubiger, wie hier, bereits eine Pfändung ausgebracht hat und vom Schuldner zwecks Verhütung der Versteigerung befriedigt wird (und gleicherweise, wenn vom Schuldner sonst zur Abwehr der Durchführung der bereits begonnenen Zwangsvollstreckung gezahlt wird), so hat er durch die von ihm betriebene Zwangsvollstreckung etwas erlangt. Dies entspricht bei unbefangener und gewöhnlicher Auffassung entsprechender Würdigung durchaus dem Wortlaut des Gesetzes und steht keinesfalls damit im Widerspruch. Von einer freiwilligen Zahlung kann in einem solchen Falle nicht die Rede sein. Der Schuldner hat vielmehr gezwungen, unter dem Druck des schwebenden Vollstreckungsverfahrens, gezahlt. Die Vollstreckung war ursächlich für die Zahlung, die Befriedigung des Gläubigers ist mithin durch die Vollstreckung herbeigeführt worden. Demgemäß wird auch mit dem Hinweis, daß juristisch eine rechtsgeschäftliche Handlung des Schuldners vorliege, für die Auslegung der Vorschrift nichts gewonnen. Es darf überhaupt auf den Willen und das Verhalten des Schuldners allein nach dieser Richtung hin kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil die Bestimmung des § 70 i. Verb. m § 3 VerglO. nicht bloß im Interesse des Schuldners, sondern gerade auch im Interesse der übrigen Gläubiger getroffen worden ist, um diese dagegen zu schützen, daß sich ein einzelner Gläubiger kurz vor der Einleitung des Vergleichsverfahrens besondere Vorteile vor ihnen verschafft. Zahlt der Schuldner, um die sonst unvermeidliche Zwangsversteigerung und damit regelmäßig nicht wieder gut zu machende Nachteile, unter Umständen seinen völligen Zusammenbruch zu verhindern, so handelt er vernünftig und zweckentsprechend, und es wäre unbillig, ihn und die übrigen Gläubiger dafür gewissermaßen dadurch zu strafen, daß man sie der Rechte aus § 70 VerglO. verlustig gehen läßt. Der Gesichtspunkt, daß bei der hier vertretenen Ansicht wohlerworbene Rechte des einzelnen Gläubigers verletzt würden, greift nicht durch, da sich ja § 70 VerglO. eben gegen an sich wohlerworbene Rechte richtet und dem Interesse des einzelnen Gläubigers die Interessen der Gesamtheit der übrigen Gläubiger gegenüberstehen. Dafür, daß der Gesetzgeber mit den Worten „durch die Zwangsvollstreckung" ein äußerlich erkennbares, formales Merkmal hätte schaffen wollen, fehlt es an einem Anhalt, wobei zu betonen ist, daß es sich nicht um eine verfahrensrechtliche, sondern um eine materiellrechtliche Vorschrift handelt. Die Prüfung, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für ihre Anwendung gegeben sind, ist nicht schwieriger als bei anderen Rechtsvorgängen und Rechtsstreitigkeiten. Die entfernte Möglichkeit, daß der Schuldner in den in Betracht kommenden Fällen nicht zur Anwendung der Zwangsvollstreckung, sondern aus irgendwelchen anderen Gründen zahlt, kann bei der Auslegung des § 70 VerglO. keine maßgebende Rolle

---

äußerung der Heimstätte der Ausgeber das Vorkaufsrecht hat und der Veräußerung durch den Heimstätter selbst der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter ausdrücklich gleichgestellt ist. Jaeger schließt daraus, daß das Gesetz, trotz der Bestimmung des § 20 Abs. 1, aus der an sich Konkursfreiheit der Heimstätte gefolgert werden müsse, „unzweifelhaft" ihre Zugehörigkeit zur Masse voraussetze. (In der Entsch. des OLG. Stuttgart sind offenbar durch ein Versehen die Vertreter der beiden Meinungen vertauscht.)

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Einbeziehung der Heimstätte in die Konkursmasse in § 20 geregelt sein müßte. § 11 ordnet nur das Vorkaufsrecht des Ausgebers. Immerhin ist zuzugeben, daß die Bestimmung zu Bedenken Anlaß bietet. Erman: Dtsch. Wohnungs-Arch. 1927 Sp. 346 ff., ZZP. 53, 406 ff. und ArchZivPr. 132, 99 ff. und Krüger-Wenzel (RHeimstG., 3. Aufl., § 20 Anm. 1) meinen, die Bestimmung denke an den Fall, daß der Heimstätter freiwillig die Heimstätte zur Konkursmasse gebe. (Die Zulässigkeit des Verzichts auf Pfändungsbeschränkungen ist bestritten; dagegen: Jaeger a. a. O. Anm. 49 und ZZP. 53, 411; dafür: Stein-Jonas § 811 Anm. I).

Wahrscheinlicher ist jedoch — wie Erman a. a. O. darlegt —, daß die Bestimmung auf einem durch eine Verwechselung mit dem RSiedlG. erklärbaren Redaktionsversehen beruht.

Die hier vertretene Entsch. ergibt sich aus dem Zwecke des RHeimstG. Dem Heimstätter soll eine gesicherte Wohnung und dadurch die Grundlage eines gesunden Familienlebens gewährt werden. Dieser sozial-politische Gedanke schließt nicht nur die Einzelvollstreckung, sondern auch die Einbeziehung in die Konkursmasse aus. Der Verf. des Gesetzes, Dronke, gibt seinen Sinn mit folgenden Worten wieder: „Hindert das Sonderrecht den Heimstätter selbst, den Geldwert seines Eigentums restlos und nach Belieben auszunutzen, so darf erst recht kein Außenstehender diese Befugnis haben. Entschlossen zieht das Gesetz diese Folgerung und verbietet die Zwangsvollstreckung in eine Heimstätte wegen einer persönlichen Schuld des Heimstätters schlechthin. Jede Art der Zwangsvollstreckung ist ausgeschlossen, nicht nur die Zwangsversteigerung . . . So bringt das Heimstättenrecht eine großzügige Erweiterung des vollstreckungsfreien Notbedarfs" (SchmollersJ. 44, 69).

Die Meinung Jaegers (KO. a. a. O. Anm. 19a, ZZP. a. a. O.) bei Konkurseröffnung habe der Heimstätter den Schutz des § 20 RHeimstG. verwirkt, ist nicht zutreffend. Vielmehr hat gerade in diesem äußersten Fall des Konkurses die Sicherung der Heimstätte erst ihren rechten Sinn (Krüger-Wenzel a. a. O.).

Ebensowenig kann Jaeger darin gefolgt werden, daß bei Konkursfreiheit der Heimstätte die Gläubiger öffentlicher Abgaben selbst durch § 14 KO. gehindert sein würden, sich während des Konkurses aus der Heimstätte zu befriedigen und demnach der Konkursverwalter die Möglichkeit haben müsse, die Heimstätte im Interesse dieser Gläubiger zu verwerten (so auch die obige Entsch.). Jaeger selbst lehrt (a. a. O. Anm. 28), daß Gläubiger, die sich aus einzelnen, sonst nicht der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenständen befriedigen dürfen (z. B. § 850 Abs. 4 ZPO.), durch § 14 Abs. 1 KO. nicht gehindert seien, ihren Zugriff auf den konkursfreien Gegenstand zu richten, weil der Zweck des Verbots hier nicht zutreffe (wie hier die grundlegende Entsch. des RG. 131, 113 ff.).

Zu 2: Das GBA. ist befugt, in der gehörigen Form erlassene Eintragungsersuchen einer zuständigen Behörde darauf zu prüfen, ob die begehrte Eintragung überhaupt zulässig ist (Güthe-Triebel, 5. Aufl., § 39 Anm. 51). Ist dies aber der Fall, so darf nicht untersucht werden, ob die Voraussetzungen des Eintragungsersuchens im Einzelfalle erfüllt sind. Hierfür bleibt die Verantwortung vielmehr der ersuchenden Behörde überlassen.

Die Frage spitzt sich also dahin zu, ob die Eintragung des Konkursvermerks auf dem Grundbuchblatte eines Grundstücks mit Heimstätteneigenschaft unzulässig ist. Steht man auf dem Standpunkte, daß der Heimstätter nicht befugt ist, die Heimstätte freiwillig zur Konkursmasse zu geben, kann also die Heimstätte unter keinen Umständen vom Konkursverfahren erfaßt werden, so dürfte die Eintragung des Konkursvermerks als unzulässig anzusehen und vom GBA. abzulehnen sein. (Die Heimstätteneigenschaft ist ja nach Maßgabe der AusfVO. v. 30. Dez. 1924 in Abt. II eingetragen und daher ohne weiteres aus dem Grundbuch ersichtlich.) Hält man dagegen einen Verzicht auf die Pfändungsbeschränkung für zulässig, so hätte das GBA. dem Ersuchen stattzugeben. Es wäre nicht befugt, nachzuprüfen, ob der Heimstätter im Einzelfalle die Heimstätte zur Konkursmasse gegeben hat, und könnte die Eintragung nur dann ablehnen, wenn ihm das Gegenteil positiv bekannt wäre (Güthe-Triebel a. a. O.).

RA. Dr. Wilhelm Beutner, Berlin.

Zu 23. Vgl. JW. 1929, 1674 (OLG. Frankfurt); 1930, 668, 669 (LG. München) und 1930, 2813 (OLG. Dresden), die beiden letzteren mit Besprechungen von Salomon.

spielen. Schließlich ist aus der Erwähnung einer zur Abwendung der Vollstreckung gemachten Leistung in § 717 Abs. 2 ZPO. kein entgegengesetzter Schluß zu ziehen. Diese Bestimmung ist zu einer anderen Zeit und zu anderem Zwecke getroffen worden wie die des § 70 VerglO. Ob sie dem Gesetzgeber bei dem Erlaß der letzteren gegenwärtig gewesen ist, steht dahin. Umgekehrt könnte daraus gefolgert werden, daß das Gesetz die beiden in § 717 Abs. 2 ZPO. erwähnten Fälle gleichstellen wollte. Im übrigen betrifft § 717 Abs. 2 ZPO. im Gegensatz zu § 70 VerglO. auch den Fall, wenn vor Beginn der Vollstreckung gezahlt worden ist.

Der weitere Grund des LG., daß der Schuldner die Möglichkeit gehabt hätte, durch Erinnerung die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zur Entscheidung des Vergleichsverfahrens zu erwirken, kann zur Auslegung des § 70 VerglO. überhaupt nicht herangezogen werden. Einmal fehlt es für eine solche Erinnerung an einer Rechtsgrundlage (vgl. § 833 VerglO. und Kiesow, Anm. 2 dazu), und ferner versagt die bezeichnete Erwägung völlig in den Fällen, in denen zu dem in Frage kommenden Zeitpunkt des Vollstreckungsverfahrens der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch gar nicht gestellt ist.

§ 813 Abs. 2 BGB. ist auf die Fälle des § 70 VerglO. nicht — auch nicht entsprechend — anwendbar. § 70 VerglO. enthält eine besondere Regelung, die einen selbständigen Grund für die Herausgabepflicht schafft und die allgemeinen Vorschriften des BGB. insoweit ausschließt. Die darin enthaltenen Worte „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" beziehen sich nur auf den Umfang der Haftung (Kiesow, Anm. 7, 8 zu § 70 VerglO.).

Zinsen können nicht erst vom Tage der Bestätigung des Vergleichs (25. März 1930) ab gefordert werden, da die Folgen aus § 70 VerglO. mit rückwirkender Kraft eintreten, im übrigen bei der Kaufmannseigenschaft der Bekl. ohne weiteres anzunehmen ist, daß sie den erhaltenen Betrag vom Zeitpunkt des Empfanges ab, mindestens in Höhe der Zinsen für ihren Geschäftsbetrieb benutzt hat (§ 353 HGB., § 818 Abs. 1 BGB.). Die Zubilligung eines festen durchschnittlichen Zinssatzes von 7% erschien zweckmäßig und angemessen.

(OLG. Breslau, 10. ZivSen., Urt. v. 16. Juli 1931, 16 U 3425/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Lasker, Breslau.

*

Hamm.

24. §§ 32, 4 VerglO.; § 766 ZPO. Die Vollstreckungsorgane haben die Frage der Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren zu prüfen. Der Gläubiger hat das Recht der Erinnerung gemäß § 766 ZPO. †)

Die Gläubigerin hat ein vollstreckbares Urteil gegen den Bekl. auf Zahlung. Über das Vermögen der Schuldnerin ist das Vergleichsverfahren eröffnet worden. Mit Rücksicht hierauf hat der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung abgelehnt. Das AG. hat aus prozeßrechtlichen Gründen die Zulässigkeit des Erinnerungsverfahrens verneint, das LG. jedoch diese Zulässigkeit bejaht und aus materiellrechtlichen Gründen die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde ist begründet. Die Frage, ob die Gläubigerin mit ihrer Forderung am Vergleichsverfahren teilnimmt oder nicht, ist im Erinnerungsverfahren zu entscheiden, falls nicht besondere Umstände entgegenstehen, welche aber hier nicht vorliegen. An den noch im Besitze der Schuldnerin befindlichen Waren hatte die Gläubigerin zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch das Eigentum. Das Eigentum der Gläubigerin ging, da die Waren noch nicht bezahlt waren, erst in dem Augenblicke der Abgabe der Waren durch die Schuldnerin und nur bezüglich der abgegebenen Waren unter. Erst in diesem Augenblicke und nur bezüglich dieser Waren bestand die Einigung der Parteien über den Übergang des Eigentums der Gläubigerin auf die Schuldnerin. Die Übergabe der Waren an die Schuldnerin und die Übertragung des Verfügungsrechtes auf sie konnte die Rechtslage nicht ändern. Voll erfüllt würde die Eigentumsübertragungspflicht der Gläubigerin erst mit der Bezahlung des gesamten Kaufpreises oder mit der Weitergabe der gesamten Ware durch die Schuldnerin gewesen sein. Da beide Voraussetzungen bezüglich der Waren zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht vorlagen, so waren zu dieser Zeit die Verträge von keiner Partei vollständig erfüllt. Insoweit nahm daher die Gläubigerin an dem Vergleichsverfahren nicht teil.

(OLG. Hamm, Beschl. v. 27. Jan. 1931, 11 W 580/30.)

Berlin. b) **Strafsachen.**

25. §§ 1, 3 VO. des Reichspräsidenten gegen Waffenmißbrauch v. 25. Juli 1930. Bewaffnetes Erscheinen an öffentlichen Orten zu politischen Zwecken.

Der Angekl. ist in den Vorinstanzen wegen Vergehens gegen § 3 der VO. des RPräs. gegen Waffenmißbrauch v. 25. Juli 1930 (RGBl. I, 352) zu Strafe verurteilt worden. Das KG. hat aufgehoben.

Die VO. ist rechtsgültig (vgl. JW. 1931, 748). Die Rev. bemängelt, daß das LG. sich keine Gewißheit darüber verschafft hat, ob die VO. auch gemäß Art. 48 RVerf. dem RT. zur Kenntnisnahme in der verfassungsmäßigen Form mitgeteilt worden ist. Dieser Umstand ist jedoch für die Rechtsgültigkeit der VO. ohne Bedeutung. Der RPräs. ist zwar nach Art. 48 Abs. 3 RVerf. verpflichtet, von allen von ihm gem. Abs. 1 oder 2 des Art. 48 getroffenen Maßnahmen unverzüglich dem RT. Kenntnis zu geben. Unabhängig hiervon tritt aber eine gemäß Abs. 2 erlassene VO. an dem in ihr bestimmten Tage in Kraft. Auch wenn die vorgeschriebene Mitteilung an den RT. unterblieben sein sollte, behält doch die VO. bis zu dem in ihr bezeichneten Zeitpunkt ihre Rechtswirksamkeit, sofern sie nicht vom RPräs. aus eigener Entschließung oder gem. Abs. 3 Satz 2 auf Verlangen des RT. außer Kraft gesetzt wird.

Dagegen gibt die Anwendung des § 3 der VO. auf den festgestellten Sachverhalt zu Bedenken Anlaß. Nach dieser Vorschrift, die mit § 3 des heute geltenden Ges. gegen Waffenmißbrauch vom 28. März 1931 übereinstimmt, wird bestraft, wer gemeinsam mit anderen zu politischen Zwecken an öffentlichen Orten erscheint und dabei bewaffnet ist. Die Merkmale dieses Tatbestandes sind in dem

---

Zu 24. Der Entsch. ist in vollem Umfange beizupflichten:

1. Nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens können die an ihm beteiligten Gläubiger gemäß § 32 VerglO. Zwangsvollstreckungen gegen den Schuldner nicht mehr vornehmen. Ob das Vollstreckungsverbot gegenüber einem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger gilt, hängt somit von der Frage ab, ob dieser am Vergleichsverfahren beteiligt ist. Mit Recht und in Übereinstimmung mit der fast einstimmigen in den Kommentaren zur VerglO. vertretenen Ansicht nimmt die obige Entsch. an, daß die Vollstreckungsorgane ihrerseits die Frage der Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren zu prüfen haben. Denn hiervon ist die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung abhängig. Es ist weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des § 32 VerglO. ein Grund ersichtlich, warum nicht auch der Gerichtsvollzieher zur Prüfung der Frage der Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren berufen sein soll. Ist der Gläubiger am Vergleichsverfahren beteiligt, so hat der Gerichtsvollzieher den Pfändungsauftrag abzulehnen. Der Gläubiger hat das Recht der Erinnerung gemäß § 766 ZPO. Ist der Gläubiger nach Ansicht des Gerichtsvollziehers am Vergleichsverfahren nicht beteiligt und wird daher die Zwangsvollstreckung vorgenommen, so steht dem Schuldner der Rechtsbehelf der Erinnerung zu (vgl. Kiesow, Anm. 19 u. 20 zu § 32 VerglO.; Samolewitz, Anm. 6 zu § 32 VerglO. und Salomon, Anm. 4 zu § 32 VerglO.).

Fraglich ist die Rechtslage, wenn der Gerichtsvollzieher selbst hinsichtlich der Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren Zweifel hegt. Hier wird teilweise die Ansicht vertreten, daß der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung vorzunehmen und die endgültige Klarstellung dem Erinnerungsverfahren zu überlassen habe (so Samolewitz a. a. O.). Die überwiegende Meinung geht aber, im Anschluß an die PrAllgVfg. v. 27. Sept. 1927 (JMBl. 310 Nr. I 2 Abs. 3) dahin, daß der Gerichtsvollzieher in Zweifelsfällen die Vollstreckung zunächst ablehnen und es dem Gläubiger zu überlassen habe, den Weg der Erinnerung zu beschreiten (so Cahn: JW. 1928, 1121 und Mäder, Einwirkung des Vergleichsverfahrens auf schwebende Verträge S. 36). Eine vermittelnde Meinung vertritt Kiesow a. a. O., der auch in Zweifelsfällen die Entscheidung dem Gerichtsvollzieher überlassen will. Richtiger dürfte es sein, daß der Gerichtsvollzieher bei derartiger Sachlage die Vornahme der Vollstreckungshandlung ablehnt. Die Beurteilung des vorliegenden Tatbestandes durch das AG. war somit verfehlt, weil im Erinnerungsverfahren nachzuprüfen war, ob die Gläubigerin am Vergleichsverfahren beteiligt war oder nicht.

2. Diese Frage hing davon ab, ob die von der Gläubigerin mit dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufverträge als beiderseitig noch nicht vollständig erfüllte Verträge i. S. des § 4 VerglO. anzusehen waren. Dies hat die obige Entsch. im Gegensatz zu der Stellungnahme des LG. mit Recht bejaht. Der Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache hat trotz Übergabe derselben an den Käufer die ihm nach dem Kaufvertrag obliegenden Verpflichtungen noch nicht voll erfüllt. Denn er hat dem Käufer nicht nur die Ware zu übergeben, sondern ihm auch das Eigentum zu verschaffen. Wenn auch in all diesen Fällen zur Eigentumsverschaffung nicht mehr eine Handlung des Verkäufers nötig ist, vielmehr mit Bezahlung des Kaufpreises durch den Käufer das Eigentum an der Ware automatisch auf ihn übergeht, so besteht doch heute nach zwar angegriffener, aber als feststehend zu erachtender Rspr. des RG. kein Zweifel daran, daß bis zum Übergang des Eigentums der Vertrag auch seitens des Verkäufers noch nicht als vollständig erfüllt anzusehen ist (vgl. hierzu RG. 64, 204 und 334; 85, 402 = JW. 1915, 100; 95, 105 und RG. v. 2. Juni 1931: Konk. u. Treuh. 1931, 104 ff.; sowie Jäger, Anm. 11 zu § 17 KO.; Kiesow, Anm. 8 zu § 4 VerglO. und Salomon, Anm. 2 zu § 28 VerglO.). Die obige Entsch. hat daher mit Recht die Beteiligung des Gläubigers hinsichtlich seiner Forderung aus denjenigen Lieferungen verneint, welche noch nicht voll bezahlt und vom Schuldner noch nicht weitergegeben waren.

RA. Dr. Richard Salomon, Berlin.

angef. Urteile nicht ausreichend festgestellt. Danach ist der Angekl. mit einem Lastkraftwagen der Stahlhelm-Ortsgruppe S. zum Stahlhelmtage nach C. gefahren. Der Wagen, auf dem sich etwa 20 Stahlhelmer befanden, wurde am D.-Platz in C.-S. von einem Polizeikommando angehalten. Die körperliche Durchsuchung der Stahlhelmer, die den Wagen verlassen mußten und sich auf der Straße aufstellten, verlief ergebnislos. Dagegen wurde in dem Mantel des Angekl., den er im Wagen niedergelegt hatte, ein Schlagring gefunden, der Eigentum des Angekl. war. Die hieran geknüpfte Folgerung des Urt., daß der Angekl. den Schlagring i. S. der VO. „geführt“, d. h. wissentlich im Besitz gehabt habe, entspricht nicht ganz dem gesetzlichen Tatbestande, der nur voraussetzt, daß der Täter „bewaffnet“ erscheint. Das Urt. ergibt jedoch, daß der Angekl. bewaffnet i. S. des § 3 gewesen ist. Daß der Schlagring eine Hieb- oder Stoßwaffe i. S. des § 1 Abs. 1 der VO. ist, unterliegt keinem Zweifel. Bewaffnet ist jeder, der eine solche Waffe bei sich trägt und sich dessen bewußt ist (vgl. RGSt. 44, 104; Hoche, Anm. 5a zu § 3 des Ges. gegen Waffenmißbrauch). Allerdings verlangt die Anwendung des § 3, daß der Träger der Waffe sie als „Waffe“ bei sich hat, nicht etwa nur als Kostüm- oder Schmuckstück. Dagegen ist nicht, wie in § 1 der VO., vorausgesetzt, daß er die Waffe im eigentlichen Sinne „führt“, d. h., daß er sie zu dem Zwecke trägt, gegebenenfalls von ihr Gebrauch zu machen, sei es auch nur zu Verteidigungszwecken. Vielmehr ergibt der Gegensatz in der Ausdrucksweise der §§ 1 u. 3, daß eine Absicht des Bewaffneten, von der Waffe Gebrauch zu machen, zur Anwendung des § 3 nicht erforderlich ist (vgl. Hoche a. a. O. Anm. 5b, 2).

Im übrigen ergibt der Sachverhalt freilich, daß der Angekl. den Schlagring auch i. S. des § 1 „geführt“ hat. Denn er hat ihn nicht nur zugriffsbereit in der Manteltasche verwahrt, sondern ihn auch immer dann getragen, wenn er zu Veranstaltungen des „Stahlhelm“ ging, weil er dann besonders mit Zusammenstößen rechnete. Der Angekl. hat daher jedenfalls gegen § 1 der VO. verstoßen.

Nicht genügend festgestellt ist jedoch bisher, daß der Angekl., als er bewaffnet war, gemeinsam mit anderen zu politischen Zwecken an öffentlichen Orten erschienen ist. Die Stahlhelmabteilung, zu der der Angekl. gehörte, ist im geschlossenen Lastkraftwagen bis zu der Stelle gefahren, wo sie von der Polizei zum Aussteigen genötigt wurde. Der Lastkraftwagen als solcher konnte freilich nicht als öffentlicher Ort angesehen werden. Das hat auch das LG. nicht getan, sondern es hat offensichtlich angenommen, daß der Angekl., indem er in diesem Wagen eine öffentliche Straße befuhr, auf dieser Straße, also an einem öffentlichen Orte, mit anderen gemeinsam erschienen sei. Von einem Erscheinen an öffentlichen Orten kann aber nur dann die Rede sein, wenn die dort sich Anfindenden auch allgemein sichtbar in die Erscheinung treten. Wer eine öffentliche Straße in geschlossenem Wagen derart befährt, daß er von außen her nicht wahrgenommen werden kann, erscheint nicht an einem öffentlichen Orte. Vor allem setzt § 3 voraus, daß das Erscheinen einem politischen Zwecke dient. Der politische Zweck muß also gerade mit dem Erscheinen, an das die Strafdrohung sich knüpft, unmittelbar und bereits in dem in Frage kommenden Zeitpunkte verbunden sein. Es genügt nicht, daß der Täter an öffentlichen Orten bewaffnet erscheint und hierbei den Vorsatz hat, sich späterhin an einem anderen Orte, sei es öffentlicher oder privater Art, politisch zu betätigen. Wer sich daher bewaffnet zu einer politischen Versammlung begibt, verstößt, solange er sich auf dem Wege zu diesem Orte befindet, noch nicht ohne weiteres gegen § 3. Hier könnte nur von einem straflosen Versuch eines Vergehens gegen § 3 die Rede sein.

Anders ist es freilich dann, wenn die Teilnehmer einer politischen Versammlung bereits dadurch einen politischen Zweck verfolgen, daß sie in Gruppen zum Treffpunkt anrücken und schon auf dem Wege durch ihre Zahl, ihre Anordnung oder Ausrüstung oder in anderer Weise „demonstrieren“, d. h. die Bedeutung der politischen Versammlung der Öffentlichkeit vor Augen führen wollen. In diesem Falle ist bereits die Fahrt zu politischen Zwecken unternommen (vgl. hierzu auch § 4 der VO. des RPräs. zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen v. 28. März 1931: RGBl. I, 79). Daß aber die Stahlhelmabteilung, in der der Angekl. sich befand, bis zu dem Zeitpunkte, in dem sie den Kraftwagen verließ, ihre Fahrt zu einer solchen Demonstrationsfahrt ausgestaltet hätte, ist bisher nicht festgestellt.

(KG., 3. StrSen., Urt. v. 20. Juli 1931, 3 S 327/31.)

Mitgeteilt von KGR. Nothmann, Berlin.

*

26. §§ 296, 329, 44, 342 StPO. Eingaben des Angekl. zwecks Urteilsaufhebung unter dem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkte des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsverhandlung und der bedingten Revisionseinlegung. †)

Die Verhandlung und Entsch. über die vom Angekl. eingelegte Rev. ist bis zur rechtskräftigen Entsch. über das Wiedereinsetzungsgesuch ausgesetzt und die Sache zur Entsch. über das letztere an das LG. zurückverwiesen.

Es entspricht ständiger Rechtsübung, daß Eingaben einer durch ein Strafurteil betroffenen Person, mit denen sie eine Abänderung der sie beschw. Entsch. begehrt, in verfahrensrechtlicher Beziehung die Bedeutung beizumessen ist, die dem Betroffenen am ehesten zu dem von ihm erstrebten Erfolge verhilft. Hiervon eine Ausnahme zu machen, ist nur für die Fälle notwendig, in denen die Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsschrift zweifelsfrei den Willen des BeschwF. erkennen läßt, nur ein bestimmtes Rechtsmittel oder einen bestimmten Rechtsbehelf gegen die ihn beschw. Entsch. einzulegen. Von diesem Gesichtspunkte aus ließ sich aber die Eingabe der Angekl. ungeachtet der späteren auf Belehrung hin erfolgten Revisionsrechtfertigung nur dahin auslegen, daß sie in erster Linie die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der BerVerhandlung gemäß §§ 329 Abs. 4, 44 StPO. begehrt hat, und daß sie nur für den Fall der Verwerfung des Gesuchs das ordentliche Rechtsmittel der „Revision“ hat wählen wollen (§ 342 Abs. 2 StPO.). Dafür spricht nicht nur, daß sie um Gestellung eines Kreisarztes auf Kosten der Staatskasse gebeten hat, da ihr privatärztliches Attest nicht als „genügende Entschuldigung ihres Ausbleibens“ i. S. des § 329 Abs. 1 StPO. erachtet worden ist, sondern daß sie auch um Vernehmung ihrer Zeugen ersucht hat, ein Ziel, das sie nur durch eine Erneuerung der Hauptverhandlung vor dem Zweitrichter erreichen konnte. Wollte sie aber in erster Linie Wiedereinsetzung, so hatte die Verhandlung und Entsch. über die Rev. gemäß § 342 Abs. 2 Satz 2 StPO. einstweilen zu unterbleiben. Das LG. wird danach zunächst zu dem Wiedereinsetzungsgesuch Stellung zu nehmen haben, gegen dessen Verwerfung der Angekl. die sofortige Beschwerde zustünde (§§ 46 Abs. 3, 311 StPO.). Erst nach ihrer Zurückweisung käme eine weitere verfahrensrechtliche Behandlung der von der Angekl. gleichzeitig, aber nur bedingt eingelegten Rev. in Betracht.

(KG., 4. StrSen., Beschl. v. 17. April 1930, 4 V 118/30.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Boehm, Berlin.

*

Dresden.

27. § 245 Abs. 2 StPO. Unter Umständen ist eine Ablehnung von Beweiserhebungen als unerheblich zulässig. †)

Da es sich um ein Privatklageverfahren handelt, war nach § 245 Abs. 2 StPO. für die Frage, wie weit die Beweiserhebungen auszudehnen seien, ausschließlich das pflichtmäßige Ermessen des erkennenden Gerichtes maßgebend. Wenn nun die BerK. den nach der Bekundung des Zeugen L. durch das Küchenfenster gerufenen Worten der Angekl. bei der Erforschung des für sie entscheidenden Sach-

---

Zu 26. Der Senat geht von dem Grundsatz aus, daß Eingaben eines Verurteilten, die auf Änderung der gegen ihn ergangenen Entsch. hinzielen, so zu behandeln sind, daß sie dem Betroffenen am ehesten zu dem von ihm erstrebten Erfolge verhelfen; ein Grundsatz, der bereits im § 300 StPO. seinen Ausdruck gefunden hat. In der Sache selbst ist dem Senat zuzustimmen, insofern als er im Gegensatz zur Vorinstanz in der Eingabe des Verurteilten ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesehen hat, da das Begehren des BeschwF., vor allem die Vernehmung von Zeugen, nur im Wege einer nochmaligen Verhandlung vor dem BG. zu erreichen ist. Aus der Tatsache, daß der Angekl. auf Grund nachträglicher Belehrung seine Eingabe als Rev. behandelt hat, hat der Senat mit Recht das Gegenteil nicht entnommen. Die Wichtigkeit dieses Standpunktes ergibt sich unmittelbar aus § 342 StPO., wonach ein Angekl., der ein Gesuch um Wiedereinsetzung gestellt hat, daneben vorsorglich Rev. einlegen kann. Er hat in diesem Falle nur — und das ist in allen diesen Fällen zu beachten — die Rev. ohne Rücksicht auf das Wiedereinsetzungsgesuch rechtzeitig einzulegen und auch rechtzeitig zu begründen (vgl. JW. 1930, 2572[42]; 1931, 1617).

RA. Theodor Klefisch, Köln.

Zu 27. Die Entsch. entspricht der bisherigen Rspr. des Senats. Dieser erklärt mit der nunmehr herrschenden Meinung in den Verfahren wegen Übertretung und auf erhobene Privatklage die Ablehnung von Beweisanträgen als „unerheblich“ für zulässig, weil die Vorschrift des § 245 Abs. 2 StPO. eine Ausnahme nicht nur von der Bestimmung des § 245 Abs. 1 darstellt, daß die Beweisaufnahme sich auf alle herbeigeschafften Beweismittel erstrecken müsse, sondern auch von § 244 StPO., der die Ablehnung von Beweisanträgen nur mit ganz bestimmten, von der Rspr. herausgearbeiteten Motivierungen zuläßt, zu denen die „Unerheblichkeit“ nicht zählt (vgl. OLG. Dresden [2]: JW. 1927, 2075; 1930, 2595; 1931, 1138; KG.: JW. 1928, 834; BayObLG.: JW. 1928, 2998; 1930, 2972; OLG. Jena: JW. 1928, 1883; 1930, 2597; ferner meine Anm. zu JW. 1928, 834, 836, 1883; Schlosky: JW. 1930, 2506; a. M. OLG. Dresden [1]: JW. 1927, 930; 1928, 836; Loewe-Rosenberg § 245 Anm. 9; Löwenstein: JW. 1931, 1138 Anm.). Ist der Richter hiernach bei den erwähnten Verfahrensarten an die Einhaltung formeller Verfahrensnormen nicht gebunden, so darf er doch nicht willkürlich schalten. Sein Verfahren muß vielmehr von pflichtgemäßem Ermessen diktiert sein. Was hierunter zu verstehen ist, hat der gleiche

verhaltes keinerlei Gewicht beigelegt, sondern erst die innerhalb der Hausflur in unmittelbarer Nähe L.s geschehene sowie für diesen ohne weiteres wahrnehmbare Schimpfrede und Tätlichkeit der BeschwF. als den wesentlichen Vorgang in Betracht gezogen hat, so kann darin, daß von ihr die beantragte Ortsbesichtigung wegen des für nebensächlich erachteten Herganges am Küchenfenster als unerheblich abgelehnt worden ist, ein Mangel an sachlicher Erwägung nicht erblickt werden. Zwar kann nach dem pflichtmäßigen Ermessen gegebenenfalls geboten erscheinen, zur Entkräftung einer Zeugenaussage, auf die der Schuldbeweis gestützt werden soll, Augenscheinsbeweis zu erheben, indessen widerspricht es solchem Ermessen nicht, wenn das Gericht hinsichtlich eines Punktes, dem es angesichts der für die Beurteilung des wesentlichen Sachverhaltes schon vorhandenen Grundlage keine ausschlaggebende Bedeutung beimißt, die Beweisaufnahme nicht auf Erhebungen ausdehnt, die lediglich der Entkräftung von Zeugenangaben gerade über diesen Punkt dienen sollen und im Hinblick auf dessen Nebensächlichkeit einer Entkräftung nicht bedürfen. Der Gesichtspunkt der BeschwF., daß durch den von der beantragten Ortsbesichtigung und Hörprobe erhofften Nachweis auch die Unglaubwürdigkeit des Zeugen L. im allgemeinen dargetan worden sein würde, konnte gegenüber dem Grundsatze von der freien richterlichen Beweiswürdigung, nach dem das LG. nicht behindert war, einem Zeugen in diesem Punkte zu glauben, in einem anderen aber seine Auskünfte nicht als die maßgebliche Grundlage gelten zu lassen, nicht durchschlagen. Jedenfalls ergibt sich aus dem angefochtenen Urt. mit Deutlichkeit, daß die StrK. auch von besonderen sachlichen Gründen dafür geleitet worden ist, warum sie dem Zeugen L. bezüglich seiner Angaben über den für sie wichtigen Vorgang in der Hausflur Glauben geschenkt hat. Diese Beweiswürdigung aber war dem Angriffe der Rev. entzogen.

(OLG. Dresden, Urt. v. 6. Jan. 1931, 2 OSt 315/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Landgerichte.

a) Zivilsachen.

Altona.

1. § 528 Satz 2 ZPO. Hat das Amtsgericht eine einstweilige Verfügung aus § 942 ZPO. erlassen, sodann auf den bei ihm eingereichten Widerspruch die einstweilige Verfügung mittels Urteils aufgehoben, so ist im Falle der Berufung die Zuständigkeit des Amtsgerichts zur Entscheidung über den Widerspruch von Amtswegen zu prüfen.

Das AG. war zum Erlaß der EinstwVerf. zuständig, weil es sich um einen dringenden Fall handelte und weil der Streitgegenstand sich in seinem Bezirk befand. Seine Zuständigkeit folgt aus § 942 ZPO. Dagegen war es zur Entscheidung über den Widerspruch unzuständig. Zwar ist der Rechtsbehelf des Widerspruchs auch gegen derartige vom AG. erlassene EinstwVerf. zulässig, jedoch muß der Widerspruch beim Gericht der Hauptsache eingelegt werden. Nur dieses darf über den Widerspruch entscheiden. Trotz der Vorschrift des § 528 Satz 2 ZPO. ist im vorliegenden Falle die Zuständigkeit des AG. durch das BG. von Amts wegen zu prüfen, da jene Bestimmung, die eine Prüfung von Amts wegen ausschließt, sich nur auf die sachliche Zuständigkeit bezieht, nicht aber auf die hier in Frage stehende geschäftliche Zuständigkeit. Das angefochtene Urteil war daher, weil das AG. seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat, aufzuheben, zugleich war der Widerspruch, als bei dem unzuständigen AG. eingereicht, angebrachtermaßen zu verwerfen.

(LG. Altona, 1. ZK., Urt. v. 7. Juli 1931, 1 S 454/31.)

Mitgeteilt von LGR. Schumacher, Altona.

*

Berlin.

2. §§ 582, 580 Nr. 1 ZPO. Dem Beklagten, der im Vorprozeß auf Grund eines vom Kläger geleisteten Eides verurteilt worden ist, kann in einem späteren Restitutionsprozeß nicht entgegengehalten werden, daß er den Restitutionsgrund bereits in dem Vorprozeß durch Berufung hätte geltend machen können, wenn er nicht in der Lage gewesen ist, die Berufung in dieser Richtung hinreichend sachlich zu begründen. †)

Der Kl. hatte gegen den Bekl. Klage auf Zahlung rückständiger Miete für Wohn- und Garagenräume erhoben. Der Bekl. hatte behauptet, daß nach Abschluß des Mietvertrages zwischen ihm und dem Kl. eine Vereinbarung dahin getroffen worden sei, daß infolge Untervermietung der Garage durch den Bekl. letzterer nur noch verpflichtet sein sollte, die Hälfte der Garagenmiete zu zahlen, während die andere Hälfte der Untermieter zahlen sollte. Der Kl. hatte diese Vereinbarung bestritten und abgeschworen. Hierauf ist der Bekl. nach dem Klageantrage verurteilt worden. In der Berufungsbegründung behauptet der Bekl., daß der Kl. in erster Instanz einen Falscheid geleistet habe und beruft sich gegenbeweislich für seine Behauptung auf Zeugen.

Nach § 463 ZPO. ist der Gegenbeweis gegenüber einer durch die Eidesleistung voll bewiesenen Tatsache nur unter denselben Voraussetzungen statthaft, unter welchen ein rechtskräftiges Urt. wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann (§§ 580 Nr. 1, 581 ZPO.). Eine Strafanzeige wegen Falscheides ist zwar gegen den Kl. erstattet, eine rechtskräftige Verurteilung ist aber nicht erfolgt. Bisher ist deshalb wegen der Unzulässigkeit des angebotenen Zeugenbeweises die Berufung aussichtslos. Sollte später doch ein rechtskräftiges

---

Senat in seiner Entsch. JW. 1930, 2595 bereits mit aller wünschenswerten Klarheit formuliert. Es heißt dort: „Das Ermessen ist dann ein ‚pflichtmäßiges' i. S. jener Gesetzesvorschrift, wenn es auf ein Abwägen dessen gegründet wird, ob unter den besonderen Verhältnissen des gegebenen Falles die schon vorliegenden Verhandlungsergebnisse nach der Lebenserfahrung ein Maß von Verläßlichkeit in sich tragen, das die Abstandnahme von weiteren Beweiserhebungen rechtfertigt, oder ob dieses Maß noch nicht erreicht ist, so daß durch die bisherigen Ergebnisse das Ziel des Strafverfahrens, die Wahrheitserforschung, noch nicht als gesichert erscheinen kann." Eine weitere Grenze zieht die Entsch. BayObLG.: JW. 1930, 2578: Die Anwendung des § 245 StPO. setzt voraus, daß eine Beweisaufnahme in weiterem Sinne, also mindestens die Vernehmung des Angekl. oder die Anhörung des Verteidigers zur Sache namens des abwesenden Angekl. bereits stattgefunden hat. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang schließlich auf KG.: JW. 1930, 1101, wo ausdrücklich festgestellt ist, daß auch in den Fällen des § 245 Abs. 2 der Grundsatz der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit für den Strafrichter gilt. Die gleiche Auffassung vertritt die Entsch. BayObLG.: JW. 1930, 2972, die auch in den Fällen des § 245 Abs. 2 StPO. einen begründeten Gerichtsbeschluß für erforderlich hält, nur daß eben in diesen Fällen die Begründung eine andere sein kann als nach § 244 StPO.

Bei Anwendung dieser Richtlinien auf den gegebenen Sachverhalt ist mit dem OLG. das Vorliegen einer Verletzung des pflichtgemäßen Ermessens des Vorderrichters zu verneinen. Dieser hatte eine Augenscheinsaufnahme abgelehnt, die in einem für die Entsch. nicht wesentlichen Punkt die Unrichtigkeit der Aussage eines Zeugen dartun sollte mit dem Ziel, auch dessen übrige Aussage, bezüglich deren kein Gegenbeweis angetreten war, unglaubwürdig erscheinen zu lassen. Tatbestandsmäßig unterscheidet sich dieser Fall von dem JW. 1930, 2595 von dem gleichen Senat entschiedenen dadurch, daß dort die Hauptbelastungszeugin überhaupt nicht persönlich vor dem BG. ausgesagt hatte (man hatte nur ihre erstinstanzliche Aussage verlesen), während im vorliegenden Fall das BG. sich aus der Vernehmung des Zeugen einen eigenen Eindruck über dessen Glaubwürdigkeit gebildet hatte. Mit Recht konnte ihm deshalb das OLG. unter dem Gesichtspunkt der freien richterlichen Beweiswürdigung zugestehen, „einem Zeugen in diesem Punkt zu glauben, in einem anderen aber seine Auskünfte nicht als maßgebliche Grundlage gelten zu lassen". Eine Verletzung des pflichtgemäßen richterlichen Ermessens kann in einer solchen Beweiswürdigung nicht gefunden werden.

RA. Dr. Hugo Stern, Frankfurt a. M.

Zu 2. 1. Der Gegenbeweis gegen den falschen Parteieid ist überhaupt nur und erst dann zulässig, wenn der Schwörende wegen Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt ist (§§ 463 Abs. 2, 580 Ziff. 1, 581 ZPO.). Der Verurteilung steht die Unmöglichkeit eines Strafverfahrens aus andern Gründen als wegen Mangels an Beweis gleich, z. B. Unmöglichkeit wegen Abwesenheit, Verjährung, Unzurechnungsfähigkeit.

2. Der Gegenbeweis kann bei Eidesleistung auf Grund Beweisbeschlusses (§ 461 ZPO.) noch vor Erlaß des Endurteils, bei Eidesleistung durch bedingtes Endurteil noch vor Erlaß des Läuterungsurteils (§§ 460, 462 Abs. 2) geführt werden (so Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., zu § 463). Praktisch wird aber die Führung des Gegenbeweises in der gleichen Instanz in den weitaus meisten Fällen kaum möglich sein, da der Gegenbeweis die bereits erfolgte rechtskräftige Verurteilung der Schwurperson voraussetzt. Die Führung des Gegenbeweises in der gleichen Instanz vor Erlaß des Endurteils bzw. des Läuterungsurteils kann allerdings dadurch ermöglicht werden, daß das Gericht bis zur Erledigung eines Strafverfahrens aussetzt. Doch steht diese Aussetzung im freien Ermessen des Gerichts. Die obige Entsch. des LG. I Berlin nimmt dem Gericht das Recht zur Aussetzung, wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung nur von einer Partei ohne Glaubhaftmachung geäußert ist. Zwar wird wohl kein Gericht auf Grund einer bloßen Parteibehauptung aussetzen. Es besteht aber keine Veranlassung, das dem Gericht gesetzlich eingeräumte freie Ermessen zur Aussetzung durch die Rspr. von besonderen Sicherungen abhängig zu machen, die bei pflichtgemäßer Ausübung des freien Ermessens unnötig sind. Die von Stein-Jonas bei § 149 angeführte angeblich gegenteilige Entsch. des RG.: JW. 1904, 412, steht der Ansicht von Stein-Jonas und der vom Unterzeichneten vertretenen Auffassung nicht entgegen. Das RG. hat an Hand des damals ihm zur Entsch. unterbreiteten Falls ohne Verallgemeinerung die Ablehnung der Aussetzung ge-

Strafurteil wegen Verletzung der Eidespflicht gegen den Kl. ergehen, so ist immer noch die Restitutionsklage möglich. Der Bekl. war aber auch nicht genötigt, das aussichtslose Rechtsmittel der Berufung einzulegen oder durchzuführen. Der Einwand aus § 582 ZPO., die Restitutionsklage sei unzulässig, weil die Partei den Restitutionsgrund in dem jetzigen Prozeß durch Berufung hätte geltend machen können, hätte später dem Bekl. nicht entgegengehalten werden können, weil er jetzt gar nicht in der Lage ist, die Berufung hinreichend sachlich zu begründen.

Die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens gemäß § 149 ZPO. anzuordnen, war nicht statthaft. Hierzu würde der objektive Verdacht der strafbaren Handlung erforderlich sein. Die Parteibehauptung, daß der Kl. die angegebene strafbare Handlung begangen habe, genügt nicht. Es hätte nach dieser Richtung mindestens eine Glaubhaftmachung erfolgen müssen (RG. 15, 427).

(LG. I Berlin, Urt. v. 22. Okt. 1930, 42 S 239/30.)

Mitgeteilt von RA. Luckas, Berlin.

*

3. §§ 807, 903 ZPO. **Zum Begriff des Ergänzungseides. Zulässigkeit, Voraussetzungen und Auslegung von Anträgen auf Ladung des Schuldners zur Ergänzung des Offenbarungseides.**†)

Nach § 903 ZPO. braucht ein Schuldner, der den Offenbarungseid aus § 807 ZPO. geleistet hat, den Eid während der nächsten fünf Jahre grundsätzlich nur erneut zu leisten, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er inzwischen neues Vermögen erworben hat. Eine Ergänzung des Offenbarungseides im eigentlichen Sinne ist der Prozeßordnung nicht bekannt. Der Gläubiger kann jedoch, wenn die erste Eidesleistung mangelhaft ist, nach allgemein herrschender Ansicht eine ergänzende Eidesleistung in der Weise verlangen, daß der Schuldner seine Vermögensverhältnisse nach dem derzeitigen Stande hinsichtlich einzelner, vom Gläubiger bemängelter Punkte erneut eidlich offenlegt. Denn der Schuldner ist in diesem Falle seiner Eidespflicht aus § 807 ZPO. nicht ordnungsgemäß nachgekommen, es gelangt deshalb die Schutzbestimmung des § 903 ZPO. nicht zur Anwendung, der Gläubiger kann danach sogar jederzeit die erneute Eidesleistung bezüglich des gesamten Vermögens und damit als das Mindere auch die eidliche Offenbarung des Vermögens in nur bestimmten Richtungen fordern. Anträge auf Ladung des Schuldners zum Ergänzungseid sind nach der ständigen Rspr. der Kammer entsprechend umzudeuten. Der Antrag auf die erneute Eidesabnahme ist nach der Prozeßordnung in diesem Sinne zulässig.

Der Antrag ist vorliegend jedoch nicht begründet. Voraussetzung für die Abnahme des Ergänzungseides ist, wie die beschließende Vollstreckungsbeschwerdekammer in ebenfalls ständiger Praxis annimmt, daß der Gläubiger, soweit das vom Schuldner beschworene Vermögensverzeichnis nicht ohne weiteres festzustellende Ordnungswidrigkeiten oder sachliche Mängel enthält, gegenüber der auf Grund der Eidesleistung für die Richtigkeit des Verzeichnisses streitenden tatsächlichen Vermutung und der Schutzbestimmung des § 903 ZPO. die Unrichtigkeit, insbes. evtl. Unvollständigkeit der Angaben des Schuld-

---

billigt, weil „nichts Näheres zur Glaubhaftmachung" des gegen den Kl. ausgesprochenen Betrugsverdachts vorgebracht worden war. Die bloße Behauptung einer Straftat genüge nicht, auch nicht die Bezugnahme auf die Akten der Staatsanwaltschaft, „ohne daß auch nur angegeben wird, bis zu welchem Stadium das angeblich eingeleitete Ermittlungsverfahren gediehen sei". Diese durchaus zu billigende Ansicht spricht nicht gegen die Annahme, daß die Aussetzung im vollständig freien, selbstverständlich nicht willkürlichen, sondern pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts liegt. Kein Gericht wird auf Grund der bloßen Behauptung der Eidesverletzung aussetzen. — Beschwerde gegen die Anordnung oder Ablehnung der Aussetzung (§ 252 ZPO.).

3. Kann also der Gegner der Schwurpartei ein Urteil bzw. Läuterungsurteil nach dem bei Nr. 2 Erwähnten bei Ablehnung der Aussetzung nicht verhindern, so ist die Möglichkeit einer Berufung zu prüfen.

a) Die Berufung ist zulässig, auch wenn die Schwurpartei zur Zeit der Einlegung der Berufung wegen ihrer angeblichen Eidesverletzung noch nicht rechtskräftig verurteilt ist. Selbst wenn der Berufungsführer gegen das Urteil nichts anderes vorbringen könnte, als die Behauptung, der geleistete Eid sei falsch, würde das natürlich die Zulässigkeit der Berufung nicht hindern. Denn diese Behauptung fällt unter die Frage, ob die Berufung begründet, nicht aber ob sie zulässig ist. Da die in der ersten Instanz erfolgte Eidesleistung ihre Wirkung auch für die BerInst. weiter äußert, muß das BG., wenn nicht bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung die rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist, die Berufung als unbegründet abweisen. Eine Aussetzung wegen eines schwebenden Strafverfahrens liegt in seinem Ermessen (s. hierüber oben Nr. 2). Verwirft das BG. nach abgelehnter Aussetzung die Berufung, dann kann eine später erfolgte rechtskräftige Verurteilung wegen Eidesverletzung auf keinen Fall durch Rev. — weil eine für die Rev. unbeachtliche, erst nach dem Schluß der Berufungsverhandlung eingetretene Tatsache (§ 561 Abs. 1 ZPO.) —, sondern nur durch Restitutionsklage geltend gemacht werden.

Nach der Ansicht von Stein-Jonas, § 582 Abs. 1, dagegen ist eine Restitution ausgeschlossen, wenn der Restitutionsgrund bereits im Vorprozeß (erfolglos) geltend gemacht worden war. Denn Voraussetzung der Restitution nach § 582 sei die Unmöglichkeit der Geltendmachung des Restitutionsgrundes im Vorprozeß. Restitutionsgrund seien aber für die Fälle des § 580 Nr. 1—5 nur die dort bezeichneten Handlungen als solche, nicht aber die von § 581 geforderte rechtskräftige Verurteilung, die lediglich zulässige Voraussetzung der Wiederaufnahmeklage sei. Das letztere mag zwar richtig sein, widerlegt aber nicht die hier vertretene gegenteilige Meinung, daß der Restitutionsgrund des § 582 zwei Voraussetzungen hat, nämlich das Vorliegen der in § 580 Nr. 1—5 erwähnten Tatsachen und die von § 581 geforderte rechtskräftige Verurteilung wegen dieser Tatsachen. § 582 schließt übrigens m. E. die Restitutionsklage nur aus, wenn die Partei in der Lage war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren wirksam geltend zu machen. Man muß die Geltendmachung von Tatsachen der bloßen Behauptung oder Anführung von Tatsachen gegenüberstellen. Geltendmachen i. S. des § 582 ist so viel wie „zur Geltung bringen". Auch ist die Partei i. S. des § 582 erst dann imstande, den Restitutionsgrund geltend zu machen, wenn die weiter vom Gesetz geforderte rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist (a. M.: Stein-Jonas, RG.: JW. 1901, 33 und RG.: RGWarn. 1914 Nr. 41). Die vom Unterzeichneten nicht geteilte Ansicht des RG. und von Stein-Jonas hat zum Ergebnis, daß die Restitutionsklage selbst dann zurückzuweisen ist, wenn der Restitutionsgrund im Vorverfahren zwar „geltend gemacht" wurde, aber nicht durchdringen konnte, weil bis zum Urteil keine rechtskräftige Verurteilung wegen Eidesverletzung erfolgt war. Wenn dann diese Verurteilung später eintritt, könnte dem Gegner des Eidesverletzers durch keine Restitutionsklage geholfen werden. Soll dann dieser Verbrecher im Besitz des durch Meineid erworbenen Gutes bleiben? Ob es ihm durch eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung entwunden werden kann, ist nach der Auslegung des Begriffs der Rechtskraft sehr fraglich und wird von der herrschenden Meinung verneint (s. Stein-Jonas, ZPO. § 322 Abs. 9).

b) Die Ansicht des RG. und von Stein-Jonas hat weiter zur Folge, daß, wenn der Gegner der schwurpflichtigen Partei eine Eidesverletzung durch seinen Gegner behauptet, Berufung selbst dann anzuraten ist, wenn zur Zeit dem Meineid nichts anderes als die bloße Behauptung der Eidesverletzung entgegengestellt werden kann. Diese, an sich gegebene logische Folgerung schwächt das RG.: JW. 1901, 33, allerdings dadurch ab, daß nach seiner Ansicht Einlegung der Berufung nur dann nötig sei, wenn „begründete Aussicht auf Erfolg" vorhanden sei. Angesichts der Dehnbarkeit dieses Begriffs dürfte so die Rechtssicherheit nicht besonders gefördert sein. Jene Anschauung des RG. hat — damit wird die Sache für den Anwalt und den Haftpflichtjuristen bedeutungsvoll — die weitere Folge, daß der RA. nach der Ansicht des RG.: WarnRspr. 1914 Nr. 41, haftbar ist, wenn er nach Leistung des Eides durch die Gegenpartei nicht zur Berufung rät, obwohl er „notwendig bei sorgfältiger Prüfung der Sachlage die Überzeugung habe gewinnen müssen, daß die Einlegung der Berufung begründete Aussicht auf Erfolg biete". Daß die hier nicht geteilte gegnerische Anschauung eine Gefahr überflüssiger Berufungen zur Folge haben kann, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. An Stelle des sicheren Maßstabes der rechtskräftigen Verurteilung wegen Eidesverletzung wird der relative Begriff der begründeten Aussicht auf erfolgreiche Berufung eingeführt. — Auch die obige Entsch. des LG. I Berlin, die im Ergebnis nur zu billigen ist, stellt noch auf die Frage ab, ob eine Berufung aussichtslos ist oder nicht. Bemerkt wird, daß die vom Unterzeichner vertretene Anschauung sich mit der von Gaupp-Stein in der älteren Auflage (8./9. Aufl.) vertretenen Auffassung deckt (s. auch RG.: WarnRspr. 1914, 63).

RA. Dr. Ludwig Weil, Ludwigshafen a. Rh.

Zu 3. Der Entsch. ist beizutreten. Wer den Offenbarungseid geleistet hat, wird nach § 903 ZPO. von einer weiteren Eidesleistung nur dann befreit, wenn die erste Eidesleistung ordnungsgemäß erfolgt ist. Sonst liegt eine Eidesleistung i. S. des § 903 nicht vor. Darauf, daß der Eid in gesetzlicher Weise die Vermögensverhältnisse klarlegt, hat der den Eid abnehmende Richter hinzuwirken. In der Entgegennahme des Eides liegt darum die richterliche Bekundung, daß der Eidespflicht ordnungsgemäß genügt sei. Unterliefen trotzdem irgendwelche wesentlichen Mängel, so sind sie deshalb von dem zu beweisen, der erneut die Eidesleistung verlangt. Allzu strenge Anforderungen dürfen freilich an den Beweis nicht gestellt werden. Denn der Gläubiger hat meistens keinen genauen Einblick in die Verhältnisse des Schuldners. Es ist ihm deshalb nicht leicht, Mängel der Eidesleistung klarzulegen. Aufgabe des Gerichtes ist darum, ihm den Beweis zu erleichtern. Dies um so mehr, als der Richter — wie schon gesagt — Mängel der Eidesleistung von vornherein möglichst hätte hintanhalten sollen. Besteht trotzdem der Verdacht, daß sich Mängel eingeschlichen haben, dann gehört es zur Pflicht des Gerichtes, den Gläubigern an die Hand zu gehen; zwar sind Beweise nicht von

ners beweist. Dieser Beweis ist hier nicht geführt. Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß der Schuldner den Brandschaden noch vor der Eidesleistung v. 14. Febr. 1931 ausgezahlt bekommen und über den Betrag zur Begleichung anderer Verbindlichkeiten verfügt hat. Diese Möglichkeit ist um so weniger von der Hand zu weisen, als er die Auszahlung des Schadens nach seinen dem Gläubiger gegenüber angeblich gemachten Äußerungen bereits Mitte Jan. 1931 täglich erwartet haben soll und zwischen der Unterredung der Parteien und der Eidesleistung eine Frist von einem Monat gelegen hat. Über die etwaige Verwendung des Geldes schließlich hat der Schuldner eidliche Auskunft nicht zu geben brauchen, da nach § 807 ZPO. nur die Angabe des gegenwärtigen Vermögens erforderlich ist. Unter diesen Umständen aber rechtfertigt schon der eigene Vortrag des Gläubigers die Feststellung der Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der vom Schuldner beschworenen Angaben nicht. Der dem Gläubiger obliegende Beweis der Unrichtigkeit des Vermögensverzeichnisses ist danach nicht erbracht. Dies kommt um so weniger in Frage, als hierzu, anders als bei der erneuten Eidesleistung mit Rücksicht auf neuen Vermögenserwerb, in welchem Falle die bloße Glaubhaftmachung des Vermögenserwerbs durch den Gläubiger zur Begründung des Eidesantrages hinreicht, die eidesstattliche Versicherung des am Ausgange des Verfahrens höchstinteressierten Gläubigers allein grundsätzlich überhaupt nicht als ausreichend erachtet werden kann.

(LG. I Berlin, Beschl. v. 8. April 1931, 25 T 3059/31.)

Mitgeteilt von LR. Dr. Fritz Schultze, Berlin.

*

Hamburg.

4. § 89 RAGebO. Die Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen von dritten Personen wird nicht durch die Prozeßgebühr abgegolten.

Merzbacher § 13 Anm. 3b; OLG. 7, 224 (KG.); OLG. Dresden: JW. 1920, 60 [7] = SächsOLG. 40, 145 = SächsArch. 19, 198; Fürst: JW. 1922, 1413; 1925, 836; 1928, 1875.

(LG. Hamburg, Beschl. v. 7. Aug. 1931, H III 150/31.)

Mitgeteilt von Bürovorsteher E. Holm, Hamburg.

---

b) Strafsachen.

Königsberg.

5. §§ 114d, 115, 115c, 309, 310 StPO. Das Recht zur weiteren Haftbeschwerde und das Recht zur Beschwerde gegen den die Anberaumung eines Haftprüfungstermins versagenden Beschluß stehen dem Angeschuldigten nur alternativ, nicht kumulativ zu.

Als Rechtsbehelfe gegen den Haftbefehl stehen dem Verhafteten zu: einmal die Beschwerde, deren Verwerfung wiederum durch weitere Beschwerde gemäß § 310 Abs. 1 StPO. angegriffen werden kann, sodann der Antrag auf Haftprüfungstermin mit mündlicher Verhandlung, gegen dessen Ablehnung die Beschwerde gegeben ist.

Der Angeschuldigte will nun mit seiner Eingabe beide Rechtsbehelfe zugleich in Anwendung bringen, indem er einerseits weitere Haftbeschwerde gegen den seine Beschwerde verwerfenden Beschl. der StrK. einlegt und andererseits Anberaumung eines Haftprüfungstermins beantragt. Dieses zweite Begehren stellt sich als Beschwerde gegen den Beschl. des Untersuchungsrichters dar, der dem Angeschuldigten einen Haftprüfungstermin versagt, und steht hier allein zur Entscheidung.

Die beiden genannten Rechtsbehelfe stehen dem Verhafteten nicht kumulativ, sondern alternativ zu, wie der Wortlaut des § 115 StPO., der den Haftprüfungstermin „statt Beschwerde" gewährt, deutlich zeigt. Unrichtig jedoch ist die in dem angefochtenen Beschl. vertretene Ansicht, der Antrag auf mündliche Haftprüfungsverhandlung sei dann nicht mehr zulässig, wenn bereits die Haftbeschwerde verworfen und weitere Haftbeschwerde eingelegt ist. Vielmehr tritt, wenn beide Rechtsbehelfe nebeneinander ergriffen sind, die für den Verhafteten günstigere Gelegenheit der mündlichen Verhandlung an die Stelle der Beschwerde, über die nur nach Lage der Akten entschieden wird (§ 309 Abs. 1 StPO.). Dabei ist es ohne Belang, ob etwa einer der Rechtsbehelfe in einem früheren Zeitpunkte eingelegt worden ist, als der andere. Es wird also solchenfalls die Haftbeschwerde unzulässig (§ 115c Abs. 2 StPO.); das Recht auf mündliche Haftprüfungsverhandlung dagegen bleibt entsprechend § 114d Abs. 1 StPO. bestehen (vgl. § 115c Abs. 2 StPO. und Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 115c StPO.).

Anders läge der Fall, wenn das auf Grund einer Haftbeschwerde eingeleitete Beschlußverfahren bereits endgültig abgeschlossen wäre und der Angeschuldigte danach den Antrag auf mündliche Haftprüfungsverhandlung stellen würde.

(LG. Königsberg, 5. FerStrK., Beschl. v. 31. Juli 1930, 7a Q 313/30.)

Mitgeteilt von LGR. u. AGR. Lueben, Königsberg.

Amts wegen zu erheben, aber dem Gläubiger ist die Beweisführung insbes. dadurch zu erleichtern, daß beim Auftauchen der Vermutung, es könne die Eidesleistung mangelhaft sein, das Gericht den Schuldner einer eingehenden Vernehmung unterzieht.

SenPräs. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

Amtsgerichte.

Zivilsachen.

Gelsenkirchen.

1. §§ 138, 117 BGB. Der Vertrag zwischen einem zahlungsunfähigen Handwerker und seiner Ehefrau, durch welche ersterer auf die letztere sein Geschäft überträgt, um sich die Kundschaft zu erhalten, aber die Pfändungen der Forderungen durch seine Gläubiger zu verhindern, ist sittenwidrig.

Die gepfändete Forderung steht nicht der Kl., sondern ihrem Ehemann zu. Denn unstreitig sind die Maler- und Anstreicherarbeiten, die durch die Zahlung des hinterlegten Betrages vergütet werden sollen, von dem Schuldner M. und dessen Gehilfen ausgeführt. Die Kl. kann sich nicht darauf berufen, daß ihr Ehemann diese Arbeiten als ihr Angestellter geleistet habe. Es ist zwar richtig, daß sie nach der Auskunft des Gewerbepolizeiamtes im August 1929 angezeigt hat, daß sie vom 21. Juni 1929 ab ein neues Malergewerbe unter ihrem Namen betreibe, dieser Anmeldung kann aber eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Denn tatsächlich ist die Neugründung eines Malergeschäftes durch die Kl. nicht erfolgt. Es ergibt sich dies schon daraus, daß im Juni 1929 irgendwelche Vorgänge, die sich auf eine Neugründung beziehen könnten, nicht stattgefunden haben. Die Kl. hat wohl im Februar 1929 das Geschäft des Schuldners mit der Firma und dem Kundenkreis ohne Waren und Einrichtungsgegenstände übernommen und dann dieses Geschäft zunächst unter der bisherigen und später unter eigener Firma weitergeführt. Diese Geschäftsübertragung ist aber ein Scheingeschäft gewesen. Die Eheleute M. waren sich nach der Überzeugung des Gerichts klar darüber, daß sich in Wirklichkeit an den bestehenden Vermögensverhältnissen nichts ändern und daß die Ehefrau nur nach außen als Geschäftsinhaberin auftreten sollte. Es ist dies daraus zu schließen, daß die Geschäftsübernahme nur den Zweck hatte, die Gläubiger des Ehemannes zu verhindern, weiterhin wegen ihrer Forderungen Pfändungen vorzunehmen. Der Schuldner M. bekundet nämlich, daß er sich Ende 1928 wiederum in großen Zahlungsschwierigkeiten befunden habe, daß wiederholt das Geschäftsinventar und seine Ansprüche auf Vergütung für geleistete Arbeiten gepfändet worden seien und daß die Kunden ihm Aufträge in Zukunft nicht mehr erteilen wollten, falls er nicht die Pfändungen verhindern würde. Wenn daraufhin die Kl. im Februar 1929 das Gewerbe ihres Ehemannes auf sich übertragen ließ, ohne außer dem Kundenkreis irgend etwas zu übernehmen, so ist ohne weiteres ersichtlich, daß dies nur in der Absicht geschehen ist, die Kundschaft der Industriewerke zu erhalten und für die Zukunft die Pfändung der Vergütungen durch die Gläubiger des Ehemannes der Kl. zu unterbinden. Ein derartiges Vorgehen läßt aber den Mangel der Ernstlichkeit der Geschäftsübertragung erkennen. Es ist außerdem auch mit den Anschauungen eines billig und gerecht denkenden Menschen und den Grundsätzen eines ehrbaren Gewerbetreibenden nicht vereinbar. Die im Februar 1929 erfolgte Geschäftsübertragung ist deshalb sowohl nur als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB. als auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB. nichtig.

Eine spätere tatsächliche Neugründung des Malergewerbes auf einer neuen Grundlage hat die Kl. nicht bewiesen. Vielmehr hat der Ehemann der Kl. bekundet, daß das Geschäft in der bisherigen Weise fortgeführt worden sei, daß die Arbeiten von ihm, von seinen Gehilfen und Lehrlingen erledigt werden, und daß er auch zum Teil die Bestellungen vornehme, nur mit dem Unterschiede, daß er sie manchmal mit der Kl. bespreche. Von einem Aufbau des Geschäfts auf einer neuen Grundlage kann bei diesem Sachverhalt nicht die Rede sein. Hieran ändert auch nichts die Tatsache, daß der Vater des Schuldners die von ihm ersteigerten Inventargegenstände zum unentgeltlichen Gebrauch der Kl. überlassen hat. Die Überlassung mußte schon an die Kl. erfolgen, weil sie nach außen als Geschäftsinhaberin auftrat. Dem Umstande, daß die Kl. im August 1929 bei dem Gewerbepolizeiamt das Gewerbe unter der Firma W. M. abgemeldet und ein neues Gewerbe unter der Firma Ehefrau W. M. angemeldet hat, ist gleichfalls eine Bedeutung nicht beizumessen. Es geschah dies nur, um nach außen den Anschein zu erwecken, daß die Kl. die Geschäftsinhaberin sei.

Der Ehemann M. muß nach wie vor als Inhaber des Maler- und Anstreichergewerbes angesehen werden und deshalb auch als Gläubiger des Anspruchs gegen die Drittschuldnerin auf Zahlung der Vergütung für die von ihm ausgeführten Arbeiten gelten.

(AG. Gelsenkirchen, Urt. v. 30. Mai 1930, 19 C 1968/29.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Justin Fellheimer, Nürnberg.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt **Abel**, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. **Georg Baum**, Berlin und Rechtsanwalt Dr. **W. Oppermann**, Dresden.

****1.** §§ 134b, 134c GewO.; §§ 323, 242 BGB. Ein im Vertrag eines Fabriklehrlings vereinbarter besonderer Grund zur fristlosen Lösung des Lehrvertrags ist nichtig, wenn der Grund nicht zugleich in der Arbeitsordnung enthalten ist. Bei Stillegung des Betriebs und daraus folgender Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung des Lehrlings ist die Frage, ob der Lehrvertrag weiter erfüllt werden muß, danach zu entscheiden, wer die Gefahr der Stillegung nach Treu und Glauben zu tragen hat. †)

Sachlich hat das LArbG. die im § 6 Abs. 2 des Lehrvertrages enthaltene Vereinbarung der Befugnis zur vorzeitigen Auflösung des Lehrvertrages für den Fall der Stillegung des Betriebes aus zwei Gründen für unwirksam erachtet. Es hat einmal den Standpunkt vertreten, daß § 126b Abs. 2 GewO. die Entlassungsgründe erschöpfend aufzähle und die Vereinbarung weiterer Entlassungsgründe ausschließe, dann aber die Annahme der Unwirksamkeit der Vereinbarung auch darauf gestützt, daß die für den Betrieb der Bekl. nach § 134a GewO. obligatorische ArbO. den im Lehrvertrag vereinbarten besonderen Auflösungsgrund nicht enthalte. Ob die Auffassung des LArbG. über die Bedeutung des § 126b Abs. 2 GewO. zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ergibt sich die Nichtigkeit der Vereinbarung aus dem zweiten vom LArbG. angeführten Gesichtspunkt. Nach § 134b Nr. 3 muß die ArbO., sofern es nicht bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden soll, über die Gründe, aus welchen die Entlassung und der Austritt aus der Arbeit ohne Aufkündigung erfolgen darf, Bestimmungen enthalten. Nach § 134c Abs. 2 dürfen andere als die in der ArbO. und den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Gründe der Entlassung und des Austritts aus der Arbeit im ArbVertrage nicht vereinbart werden. Daß diese Bestimmungen auch auf die Lehrlinge Anwendung finden, ergibt sich mittelbar aus § 139aa GewO., der „im übrigen" auf Arbeiter, wenn sie als Lehrlinge anzusehen sind, die Bestimmungen der §§ 126 bis 128 GewO. für anwendbar erklärt. Da der in dem Lehrvertrage des Kl. vorgesehene besondere Auflösungsgrund der Betriebsstillegung unstreitig in der bei der Bekl. geltenden ArbO. nicht enthalten ist, hat das LArbG. mit Recht die Nichtigkeit der Vereinbarung dieses besonderen Auflösungsgrundes aus § 134 BGB. wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gefolgert. . . . .

Da es hiernach an einer rechtswirksamen Vereinbarung über die Auflösung des Vertragsverhältnisses fehlt, ist die Frage, ob die Bekl. berechtigt war, sich gänzlich von dem Vertrage loszusagen, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Das LArbG. hat hierzu ausgeführt, daß die Entsch. des Rechtsstreits überhaupt nicht auf die Rechtssätze des bürgerlichen Rechts abzustellen sei, sondern auf die Frage, ob unter den gegebenen Verhältnissen die infolge Auftrags- und Kapitalmangels verursachte Betriebsstillegung nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu Lasten der Bekl. oder zu Lasten des Kl. gehe; denn auch der Lehrling sei als Arbeitnehmer mit dem Betriebe, in den er eintrete, verbunden, und es liege kein Grund vor, die vom RArbG. in ständiger Rspr. aufgestellten Grundsätze über die Tragung der Betriebsgefahr bei Lehrlingsverträgen nicht zur Anwendung zu bringen. Daß das Lehrlingsverhältnis insoweit den arbeitsrechtlichen Grundsätzen unterliegt, als der Lehrlingsvertrag als ArbVertrag anzusehen ist, hat auch das RArbG. bereits anerkannt. Es hat hierzu in dem Urt. v. 2. Juli 1930, RAG 113/30: ArbRspr. 1930, 322, ausgeführt, auch der Lehrlingsvertrag müsse, soweit er als ArbVertrag anzusehen sei, nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts beurteilt werden, und der Lehrling könne in der Beziehung, in der er dem Vollarbeiter grundsätzlich gleichstehe, nämlich in der Lohnfrage, nicht schlechter gestellt werden als der Vollarbeiter. Bei der engen Verknüpfung aber der rechtlichen Beziehungen, die sich aus der arbeitsrechtlichen Seite des Lehrvertrages ergeben, mit den rechtlichen Beziehungen, soweit sie sich aus der Natur des Vertrages als Lehrvertrag ergeben, kann es auch nicht als rechtsirrig bezeichnet werden, wenn das LArbG. die für das Arbeitsrecht entwickelten Grundsätze über die Betriebsgefahr auch auf das ganze Vertragsverhältnis für anwendbar erklärt. Daraus folgt, daß für den vorliegenden Rechtstreit den Vorschriften der §§ 323 ff. BGB. zwar der allgemeine Rechtsgedanke entnommen werden kann, daß die Folgen der Betriebsstillegung den treffen, der dieses Ereignis zu vertreten hat, daß aber die Frage, was in den Kreis der von dem einen oder anderen zu tragenden Gefahr fällt, in letzter Linie aus § 242 BGB. unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu entscheiden ist (vgl. RArbG. 2, 74 ff.[1])). Hierbei wird auf die besondere Natur des Vertrages als eines Lehrvertrages, der nicht nur die Elemente des ArbVertrages enthält, Rücksicht zu nehmen sein und es wird insbes. auch zu prüfen sein, ob die Bekl. ihrerseits alles getan hat, was sie tun konnte, um den sich ihr aus dem Lehrvertrage ergebenden Verpflichtungen nachzukommen, ob sich nicht aus der besonderen Natur des Vertrages die Verpflichtung für sie ergab, für die Unterbringung des Kl. an einer anderen geeigneten Lehrstelle zu sorgen und inwieweit dies nach den gegebenen tatsächlichen Verhältnissen im Bereiche der zumutbaren Möglichkeit lag. Zur Entsch. aller dieser Fragen bedarf es aber noch der näheren Erörterung der Betracht kommenden tatsächlichen Verhältnisse.

(RArbG., Urt. v. 25. Okt. 1930, RAG 187/30. — Halle a. S.) [O.]

*

2. § 1 TarVO. Der Ehemann, der im Betriebe der Ehefrau tätig ist, ist im Zweifel Arbeitnehmer und hat Anspruch auf Tariflohn. †)

Die Parteien streiten in erster Linie darüber, ob ein Ehemann, der in dem kleinen Geschäft seiner Ehefrau alle Arbeiten verrichtet, die sonst in einem derartigen Betrieb der Geschäftsinhaber zu leisten pflegt, dies auf Grund eines schuldrechtlichen

---

Zu 1. 1. Dem ersten Teil der Entsch. ist zuzustimmen, wenigstens dann, wenn die Bekl. regelmäßig mehr als 20 Arbeiter beschäftigte (§ 133h GewO.), was das RArbG. offenbar annimmt. Traf dies zu, so konnten in der Tat kraft § 134c Abs. 2 GewO. andere als die in §§ 123, 124 bestimmten Entlassungsgründe nur dann vereinbart werden, wenn diese in der ArbO. vorgesehen waren. Daß das auch für Lehrlinge gilt, ergibt schon § 133g, nicht nur der vom RArbG. angeführte § 139aa GewO. Da hier nun die im Lehrvertrag vereinbarte Entlassungsbefugnis bei Stillegung in der ArbO. nicht vorgesehen war, so war die betr. Vereinbarung im Lehrvertrag in der Tat rechtsunwirksam (ebenso die herrsch. Lehre, vgl. **Hueck-Nipperdey**, ArbR. Bd. I § 68 N. 9; § 56 N. 27).

Wenn die Bekl. dagegen regelmäßig keine 20 Arbeiter beschäftigte, also § 134c nicht auf sie Anwendung fand, so war die fragliche Vereinbarung gültig (ebenso **Hueck**: BenshSamml. 10 [RArbG., 487]). Denn auch im Arbeitsrecht gilt grundsätzlich bis zur Grenze des § 138 BGB. Vertragsfreiheit. Daß es grundsätzlich zulässig ist, neben §§ 127b, 123, 124 GewO. noch weitere Gründe fristloser Entlassung vertragsmäßig zu vereinbaren, ergeben ja gerade auch die §§ 134g, 134c, die dieses Recht für arbeitsordnungspflichtige Betriebe einschränken, und überflüssig wären, wenn solches Recht an sich überhaupt nicht bestünde (ähnlich **Hueck-Nipperdey**, ArbR., § 68 Nr. 9 und **Hueck**: BenshSamml. 10 [RArbG.], 488), der aber Vereinbarung eines Entlassungsgrundes nur insoweit für rechtswirksam erachtet, als der betr. Grund objektiv als „wichtig" anzuerkennen ist.

2. Gegen den zweiten Teil der Entsch. bestehen zwei Bedenken: § 127b zählt die Gründe fristloser Entlassung eines Lehrlings offenbar an sich erschöpfend auf. Die Vereinbarung weiterer Gründe ist nach dem oben Gesagten zwar an sich zulässig, aber in arbeitsordnungspflichtigen Betrieben nur unter den Voraussetzungen des § 134c, die hier nicht erfüllt waren. Gegenüber der lex specialis des § 134c GewO. erscheint es aber doch bedenklich, der Bekl. auf dem Wege des § 242 BGB. das Recht zu einseitiger fristloser Entlassung aus einem Grunde zu geben, den sie rechtswirksam nicht einmal vereinbaren konnte. Bei solcher Auffassung hört doch jede Rechtssicherheit auf (ähnlich **Hueck**: BenshSamml. 10 [RArbG.], 488). Dagegen kann man hier auch nicht einwenden, aus der Unwirksamkeit der Vereinbarung folge nur, daß der Kl. nicht vertragsmäßig verpflichtet sei, die Entlassung gelten zu lassen, daß es aber eine andere Frage sei, ob der Bekl. einseitig kraft Gesetzes (§ 242 BGB.) zur Entlassung berechtigt sei. Das schlägt hier deshalb nicht durch, weil § 127b die gesetzlichen Gründe zu einseitiger Entlassung offenbar an sich erschöpfend aufzählt und nur das die Frage ist, ob diese Gründe rechtswirksam durch Vereinbarung vermehrt werden können und hier rechtswirksam vermehrt sind.

Zweitens aber ist nicht ersichtlich, wieso Treu und Glauben es ohne bezügliche rechtswirksame Vereinbarung erfordern sollten, daß der Lehrvertrag bei Stillegung aufgehoben werden kann und der Lehrling damit jeglicher Entschädigung verlustig gehen soll. Die Stillegung entbindet den Arbeitgeber doch auch sonst nicht ohne weiteres von langfristigen Verträgen. Der Lehrling aber, der dem Lehrherrn durch Eingehung des Lehrvertrages ein Stück Leben hingegeben hat, ist doch ein Gläubiger, der nach der Tendenz des Arbeitsrechts eher besser und jedenfalls nicht schlechter gestellt werden soll als andere Gläubiger.

Andererseits hat freilich das RArbG. in obiger Entsch. nur Prüfung darüber gefordert, ob Treu und Glauben die Aufhebung des Lehrvertrages bei Stillegung kaum erheischen. Die obige Entsch. dürfte also die Instanzgerichte kaum hindern, auszusprechen, daß zwar Fälle denkbar sein möchten, in denen Treu und Glauben die Entlassung bei Stillegung rechtfertigen, daß das aber nach Lage dieses Falles nicht festzustellen sei. Mit dieser Maßgabe wird man sich daher auch mit dem zweiten Teil der Entsch. abfinden können.

LGDir. Dr. **Krönig**, Vors. des LArbG. Hamburg.

[1]) JW. 1929, 453.

Zu 2. Die allgemeine Wirtschaftsnot hat dazu geführt, daß

Arbeits- (Dienst-) Vertrages tut, oder in Auswirkung der sich aus der Ehe ergebenden gegenseitigen Verbundenheit zur Lebensgemeinschaft und zur Erhaltung der ihm als Ehemann gegenüber seiner Ehefrau und seiner Familie obliegenden Unterhaltspflicht. Das BG. beantwortet die Frage mit den ersten Richter in letzterem Sinne, indem es ausführt, der Mann sei zwar anders als die Frau nicht kraft familienrechtlicher Bestimmung (§ 1356 BGB.) gehalten, im Geschäft der Ehefrau tätig zu sein, er sei jedoch rechtlich verpflichtet, für den Unterhalt von Frau und Kindern zu sorgen. Wenn er das, wie aus der Zeugenaussage des Ehemanns der Bekl. hervorgehe, nicht in anderer Weise tun könne, als daß er das Geschäft der Frau durch seine Tätigkeit fördere, so müsse man annehmen, daß hierzu für ihn mindestens eine sittliche Verpflichtung bestehe, nicht aber, daß er die Tätigkeit auf Grund eines besonderen Arbeitsvertragsverhältnisses ausübe. Auf das Vorliegen eines solchen könne auch nicht daraus geschlossen werden, daß die Bekl. ihrem Ehemann bei Beginn seiner Tätigkeit eine wöchentliche Zahlung von 30 *RM* zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse und Spesen versprochen und die Zahlung anfänglich auch geleistet habe. Ein eigentlicher Arbeitslohn sei in dieser Summe um so weniger zu erblicken, als er gleichzeitig zur Deckung nicht abzurechnender Spesen ohne Rücksicht auf deren Höhe gedient habe. Daß den Eheleuten selbst der Abschluß eines Arbeitsvertrags vollständig ferngelegen habe, zeige auch die Unterlassung sowohl der Anmeldung zu einer Versicherung wie des Lohnsteuerabzugs. Die öffentliche Krankenversicherung und besonders die Arbeitslohnversicherung böten dem Arbeitnehmer so wesentliche Vorteile, daß der Ehemann der Bekl. sich diese gewiß nicht hätte entgehen lassen, wenn er und seine Frau überhaupt an die Möglichkeit eines zwischen ihnen begründeten versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses gedacht hätten.

Es mag dahingestellt bleiben, ob und inwieweit der Tätigkeit eines Ehemanns in dem Geschäft seiner Frau eine familienrechtliche oder sittliche Verpflichtung zugrunde liegen kann. Im vorliegenden Fall bekämpft die Revision diesen Ausgangspunkt des angefochtenen Urteils deshalb mit Recht, weil das BG. bei der gegebenen Sachlage den Begriff der Arbeitnehmereigenschaft verkannt hat. Eine solche ist nach der sowohl in Auslegung des ArbGG. wie zur Anwendbarkeit der §§ 611 ff. BGB. ergangenen Rspr. des RArbG. (vgl. RArbG. 2, 327 f.; 4, 271) immer dann vorhanden, wenn ein persönlich oder wirtschaftlich von dem Arbeitgeber abhängiger Dienstverpflichteter innerhalb des Rahmens eines privatrechtlichen Dienstvertrags nach dessen Bestimmungen eine unselbständige Tätigkeit für den Dienstherrn auszuüben hat. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, daß das Entgelt, welches der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber erhält, nur zu einem geringen Teil oder überhaupt nicht bar gezahlt wird, und daß der Arbeitnehmer dem Haus- oder Familienstande des Arbeitgebers angehört (vgl. RGRKomm. z. BGB., 6. Aufl., zu § 611 Anm. 2). Diese Merkmale treffen hier zu. Geschäftsinhaberin und damit nach außen, insbes. Dritten gegenüber, für alle Vorkommnisse im Geschäft verantwortlich ist die Bekl. Zum mindesten insofern besteht eine Abhängigkeit des Mannes von der Frau, ist also seine Tätigkeit nicht selbständig. Daß ferner der Ehemann der Bekl. nicht nur mit ihr die häusliche Gemeinschaft teilt, sondern auch von ihr für seine Tätigkeit im Geschäft wenigstens in der Gestalt freier Kost und freier Wohnung ein Entgelt erhält, kann nach dem festgestellten Sachverhalt nicht zweifelhaft sein. Aus ihm ist aber weiter zu entnehmen, daß die Eheleute bei Beginn der Tätigkeit des Ehemanns in dem nunmehr von der Bekl. betriebenen Geschäft eine wöchentliche Zahlung von 30 *RM* neben freier Kost und Wohnung ausdrücklich vereinbart haben. Die später wegen schlechten Geschäftsgangs für die Bekl. eingetretene Unmöglichkeit, dieser vertraglichen Verpflichtung ganz oder auch nur zum Teil nachzukommen, ändert an dem Bestehen der Vereinbarung so lange nichts, als diese nicht ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben ist. Eine solche Aufhebung ist nach der tatsächlichen Feststellung des BG. nicht einmal behauptet. Ebensowenig spricht die Unterlassung der Anmeldung zu einer Versicherung und des Lohnsteuerabzugs gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhält-

---

ein großer Prozentsatz verschuldeter und zahlungsunwilliger Geschäftsleute das Gewerbe auf die Ehefrau umgemeldet und unter dem Namen der Ehefrau in den alten Geschäftsräumen mit dem vorhandenen Betriebsvermögen einen neuen Geschäftsbetrieb eröffnet hat.

Derartige Schiebungen gefährden natürlicherweise die Stellung aller berufstätigen Frauen, die vor oder während der Ehe eine eigene Existenz begründet, in hartem, ehrlichem Wirtschaftskampfe selbst ein Vermögen erworben und ihre mittellosen Ehemänner so in die Lage versetzt haben, durch Mitarbeit im Betriebe ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht zu genügen.

Daß zwischen einer Ehefrau als Betriebs- und Geschäftsinhaberin und dem in ihrem Geschäfte tätigen Ehemanne ein Arbeitsvertragsverhältnis vorliegen kann, und ein allgemeinverbindlicher TarVertr. auf dieses Vertragsverhältnis automatisch und unabdingbar Anwendung findet, ist in der Rspr. der ArbG. und auch des RArbG. seit Jahren anerkannt. Ich verweise insbes. auf ein viel zitiertes Urteil des LArbG. Dresden v. 17. Okt. 1927, Nr. ArbD 43/27: ArbRspr. 1927, 96 mit den Gründen:

„Nach § 1356 Abs. 2 BGB. ist die Frau zu Arbeiten im Geschäfte des Mannes verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Für den Mann besteht eine gleichartige Verpflichtung nicht. Deshalb muß angenommen werden, daß Dienstleistungen des Mannes im Geschäfte der Frau regelmäßig einen Entgeltanspruch aus dem Gesichtspunkte des Arbeitsvertrages begründen (vgl. Opet, Familienrecht, § 1356 Anm. 11; Staudinger, § 1356 Anm. 8, 11). Es entspricht auch der Praxis der Gerichte, dem Manne, der im Geschäft der Frau tätig ist und der dann im Konkurs über das Vermögen der Frau eine Forderung für Gehalt oder Arbeitslohn anmeldet, diese Forderung mit Vorrecht zuzusprechen.“

Ähnlich auch Urt. des LArbG. Berlin v. 13. Jan. 1930: MittBl. 30, 207; des RArbG. v. 12. Juli 1930, Nr. RAG 82/30: BenshSamml. 9, 518 ff.; des RArbG. v. 17. Sept. 1930, Nr. RAG 167/30: BenshSamml. 10, 161; des LArbG. Berlin v. 4. Febr. 1930: MittBl. 30, 218.

Dieser Rechtsauffassung ist grundsätzlich unbedingt zuzustimmen. Bedenklich ist nur, wenn höchstrichterliche Entsch. das Vorliegen eines derartigen Arbeitsverhältnisses zwischen Eheleuten schlechthin bejahen und unterlassen, in eine nähere Prüfung darüber einzutreten, ob nicht aus besonderen Gründen das Vorhandensein eines Arbeitsvertragsverhältnisses und damit die Anwendbarkeit des TarVertr. im Einzelfalle verneint werden muß.

Zu einer solchen Verallgemeinerung könnte die Entsch. des RArbG. v. 23. Juli 1931 führen, indem sie die Arbeitnehmereigenschaft eines im Geschäftsbetriebe der Ehefrau beschäftigten Ehemannes allzu summarisch bejaht, ohne hervorzuheben, welche Gründe diese Entsch. im gegebenen Falle rechtfertigen. Die Gefahr ist besonders deshalb beachtlich, weil es für die Richter der unteren Instanzen außerordentlich bestechlich sein muß, im Einzelfalle, gestützt auf eine im übrigen sehr beachtliche höchstrichterliche Entsch. der Prüfung strittiger Parteibehauptungen enthoben zu sein.

Man vermißt bei den Ausführungen des RArbG. insbes. eine Beachtung folgender in der Rspr. allgemein anerkannter Gesichtspunkte:

1. Das Vorliegen eines Arbeitsvertragsverhältnisses hätte ausgeschlossen sein können, weil die Eheleute in Wirklichkeit überhaupt nicht beabsichtigt haben, daß der Ehemann in die Dienste der Ehefrau eintreten solle, weil vielmehr der Ehemann selbst Betriebsinhaber geblieben ist und die Ehefrau lediglich ihren Namen für das Geschäft hergegeben hat. Zur Klärung dieser Frage wäre die Prüfung erforderlich gewesen, ob die Ehefrau praktisch oder kaufmännisch im Betriebe tätig gewesen ist oder aber auf rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit tatsächlich keinen Anspruch erheben kann und selbst keinerlei Geschäftsvermögen besitzt. Aus ähnlichen Erwägungen haben u. a. das LArbG. Berlin mit Urt. v. 13. Jan. 1930: MittBl. 30, 207 und das LArbG. Jena mit Urt. v. 25. Sept. 1929: Neue Arbeitsrechtskartei, Karte: Allgemeine Rechtsfragen v. 1. Nov. 1929, entschieden, daß im Verhältnis zwischen Ehemann und Ehefrau kein Arbeitsvertragsverhältnis vorliegt, wenn die Ehefrau sich praktisch um das unter ihrem Namen geführte Geschäft nicht kümmert und mit Hilfe der Geschäftsumschreibung lediglich eine Zwangsvollstreckung wegen früherer Schulden des Ehemannes in das Betriebsvermögen vereitelt werden sollte.

Diese Prüfung war um so notwendiger, als die Eheleute selbst im vorliegenden Falle — wie der Tatbestand ergibt — an das Vorliegen eines Arbeitsvertragsverhältnisses nicht gedacht haben.

2. Der im Betriebe der Ehefrau beschäftigte Ehemann kann auch dann nicht als Arbeitnehmer angesehen werden, wenn seine Arbeitsleistung so geringfügig ist, daß sie nur als untergeordnete Unterstützungstätigkeit zu werten ist, wie sie die eheliche Gemeinschaft üblicherweise mit sich bringt, oder wenn er nur deshalb im Betriebe der Ehefrau beschäftigt war, weil er keine andere Möglichkeit hatte, seine Arbeitskraft zu verwerten und nur auf diese Weise seiner Unterhaltspflicht der Familie gegenüber nachzukommen vermochte.

So hat das RArbG. in einer Entsch. v. 19. Okt. 1929, Nr. 203/29: Neue Arbeitsrechtskartei, Karte: Familienangehörige vom 1. Jan. 1931, sogar anerkannt, daß die Betätigung des Sohnes im Geschäfte der Mutter auf familienrechtlicher Grundlage beruhen kann. Ähnlich verneinen die Urteile des ArbG. Stettin v. 23. Mai 1929: Neue Arbeitsrechtskartei, Karte: Familienangehörige vom 1. Juli 1930 und des LArbG. Düsseldorf v. 21. Okt. 1929: ArbG. 30, 69 das Vorliegen eines Arbeitsvertragsverhältnisses, wenn der Ehemann wegen der Art und der Verhältnisse des Betriebes oder etwa wegen persönlicher Beschränkung der Erwerbsfähigkeit nur gelegentlich und geringfügig im Betriebe beschäftigt gewesen ist.

Beachtlich wäre in diesem Zusammenhange auch eine Prüfung in der Richtung gewesen, ob der „kleine Betrieb“ der Ehefrau

nisses. Der Grund, aus dem die Anmeldung zu einer Versicherung und der Lohnsteuerabzug unterblieben sind, kann sehr wohl ein anderer gewesen sein, als der den Eheleuten von dem BG. unterstellte, daß sie an die Möglichkeit des Vorhandenseins eines versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses nicht gedacht hätten. Insbesondere ist die Annahme nicht von der Hand zu weisen, daß der Mangel an Mitteln für die Zahlung der Versicherungsbeiträge und für die Abführung des Lohnsteuerabzugs den wahren Grund der fraglichen Unterlassung gebildet haben wird. Sieht man daher von der Unterstellung ab, so sind entgegen der Auffassung des BG. alle anderen tatsächlich festgestellten und oben dargelegten Umstände rechtlich nicht gegen, sondern für die Arbeitnehmereigenschaft und damit nicht gegen, sondern für das Bestehen eines, und zwar eines auf einem Dienstvertrag i. S. der §§ 611 ff. BGB. beruhenden Arbeitsverhältnisses zwischen den Eheleuten zu werten.

Auch im übrigen kann der Revision ein gewisser Erfolg nicht versagt werden. Das RArbG. hat sich mit der Frage der Wirksamkeit ähnlicher zwischen Eheleuten bestehender Arbeits- oder Dienstverträge schon wiederholt befaßt und hat sie im Anschluß an die Rspr. des RG. (RG. 67, 169) unter Verneinung des dagegen vorgebrachten Gesichtspunktes der Sittenwidrigkeit auch dann bejaht, wenn der verschuldete Ehemann für seine Tätigkeit im Geschäft der Ehefrau eine geringere als die sonst übliche Entlohnung erhält, es sei denn, daß der Vertrag in der nachgewiesenen Absicht geschlossen war, seinen Gläubigern den sonst möglichen Zugriff auf sein Einkommen abzuschneiden (vgl. Urt. v. 29. Juni 1929, RAG 55/29; v. 29. März 1930, RAG 480/29; v. 12. April 1930, RAG 538/29; und v. 12. Juli 1930, RAG 82/30). Daran ist festzuhalten. Für eine Benachteiligungsabsicht bietet der festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt. Es fragt sich daher nur noch, ob im vorliegenden Falle deshalb eine Abweichung geboten ist, weil nach der Behauptung des Kl. dem Ehemann der Bekl. auf Grund eines für allgemeinverbindlich erklärten TarVertr. ein Anspruch auf den seine vereinbarte Vergütung übersteigenden Tariflohn zusteht. Das BG. verneint dies, indem es ausführt, die Anwendung der TarVO. auf das Verhältnis zwischen Eheleuten würde insofern zu einem Widerspruch führen, als nach der herrschenden Rspr. des RG. und des RArbG. ein Ehemann, der in den Diensten eines fremden Arbeitgebers stehe, nicht gehindert sei, von seinem Arbeitseinkommen so viel an seine Frau abzutreten, daß ihm und seiner Familie eine bescheidene Lebensführung ermöglicht werde, und diesen Einkommensteil dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, während ein Ehemann, der im Geschäft der Frau arbeite, bei Anwendung der TarVO. infolge der Unverzichtbarkeit des Tariflohnanspruchs diesen Rechtsbehelf nicht haben würde und unter allen Umständen seinen Gläubigern den die Pfändungsgrenze übersteigenden Teil seines Arbeitseinkommens überlassen müßte, unter Verletzung des Grundsatzes, daß ein Schuldner nicht verpflichtet sei, seine Kraft im Interesse seiner Gläubiger zu verwerten. Letzteres trifft zu, die sonstige Begründung des angefochtenen Urteils zu diesem Punkt ist indessen nicht frei von Rechtsirrtum. Sie widerspricht vor allem der zwingenden Vorschrift der §§ 1, 2 TarVO. über die Unabdingbarkeit allgemeinverbindlicher Tarifbestimmungen, die sich — abgesehen von einigen, nach dem festgestellten Sachverhalt nicht in Betracht kommenden Ausnahmen — dahin auswirkt, daß Arbeitsverträge ohne weiteres und ohne Rücksicht auf ihre tatsächliche Gestaltung tarifmäßigen Inhalt haben, sofern sie nach der Art der Arbeit und nach der Art des Betriebes, in dem oder für den die Arbeit geleistet wird, unter den TarVertr. fallen (vgl. u. a. RArbG. 1, 204, 348; 2, 38 f.; 4, 80; 5, 33). Dieser zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschrift müssen Billigkeitserwägungen, wie sie das BG. anstellt, weichen. Ferner ist zu bedenken, daß der Ehemann der Bekl. nach der Rspr. des RArbG. zwar für die Vergangenheit auf den ihm nach

---

nicht lediglich einen Zwergbetrieb darstellte, in dem für einen Geschäftsführer kein Bedürfnis bestand und der auch keine Hilfskraft benötigte bzw. bezahlen konnte (so LArbG. Berlin v. 2. Jan. 1930: MittBl. 30, 196 und ArbG. Stettin v. 5. Nov. 1930: Neue Arbeitsrechtskartei, Karte: Familienangehörige v. 1. Jan. 1931).

3. Das RArbG. hätte wohl auch prüfen müssen, ob der Ehemann das Geschäft seiner Ehefrau nicht nur auf Grund der güterrechtlichen Bestimmungen verwaltet hat. Nach einer Entsch. des LArbG. Harburg-Wilhelmsburg v. 10. Jan 1930, LAS 70/29: Neue Arbeitsrechtskartei, Reg. 2680, Karte: Familienangehörige vom 1. Jan. 1931 sind selbst Angestellte, die ein Ehemann für den Betrieb seiner Frau einstellt, als seine Angestellten anzusehen, sofern der Mann den Dienstvertrag nicht ausdrücklich im Namen der Ehefrau abgeschlossen und die Zustimmung erhalten hat, diese durch das Rechtsgeschäft auch persönlich zu verpflichten. Gestützt wird dieses Urteil auf § 1374 BGB., wonach der Ehemann die Verwaltung des eingebrachten Gutes kraft eigenen Rechtes ausübt. Die gleichen Gesichtspunkte führten das LArbG. Görlitz in einer Entsch. vom 19. Sept. 1929, 6 S 99/29: Neue Arbeitsrechtskartei, Karte: Familienangehörige v. 1. Juli 1930, zur Verneinung eines Arbeitsvertragsverhältnisses zwischen Eheleuten mit der Begründung: „Leitet der Ehemann das Erwerbsgeschäft seiner Frau, so liegt darin nicht ohne weiteres ein ‚Anstellungsverhältnis'; vielmehr kommt es dafür — und damit auch für das Bestehen eines Vergütungsanspruchs — auf den Einzelfall an, sofern kein ausdrücklich abgeschlossener Anstellungsvertrag vorliegt. Leben die Eheleute in gesetzlichem Güterrecht, so handelt der Mann, wenn er sich in dem Erwerbsgeschäft der Frau leitend betätigt, mangels besonderer Vereinbarung nicht als Angestellter der Frau, also in Abhängigkeit, sondern kraft seines Rechtes zur Verwaltung des eingebrachten Gutes; er kann für die Dienste, die er dabei leistet, Entgelt von der Frau nicht verlangen (es stehen ihm vielmehr auf Grund seiner Nutznießung am eingebrachten Gut, die Erträge des Geschäfts zu); seine Gläubiger können also auch nicht im Wege der Pfändung seine Ansprüche aus einem Anstellungsverhältnis erfassen" (Neue Arbeitsrechtskartei, Reg. 2454 — Schwenk).

Bedenklich erscheint auch die Annahme des RArbG., daß in der tatsächlichen Einstellung der Zahlung von Taschengeld keine stillschweigende vertragliche Aufhebung bzw. Beseitigung des Taschengeldanspruchs liege. Die gegenteilige Auffassung, die m. E. den Vorzug verdient, würde aber einen wichtigen Anhaltspunkt für die Annahme eines Arbeitsvertragsverhältnisses ausräumen, da hiermit die Entgeltlichkeit der Beschäftigung entfiele und darüber hinaus auch ein auf unentgeltliche künftige Tätigkeit gerichteter Parteiwille zu unterstellen wäre. Daß aber die Vereinbarung einer Tätigkeit des Ehemannes im Betriebe der Ehefrau gegen Kost und Wohnung unter Verzicht auf den ortsüblichen Vergütungsanspruch nicht schlechthin sittenwidrig ist, hat das RArbG. selbst wiederholt festgestellt (vgl. Urteil RAG 167/30 v. 17. Sept. 1930: BenshSamml. 10, 161). Auch die Anwendbarkeit des § 826 BGB. zugunsten der Gläubiger des im Betriebe der Ehefrau tätigen Ehemannes wird von der Rspr. einheitlich abgelehnt (vgl. OLG. Düsseldorf v. 28. Dez. 1928: JW. 1929, 1495 und ArbG. Mülheim, Urt. v. 12. April 1930: Neue Arbeitsrechtskartei, Karte: Lohnpfändung v. 1. Juni 1930).

Soweit das RArbG. eine Abtretung des pfändbaren Tarifgehaltes an die Ehefrau für grundsätzlich zulässig erklärt, steht das Urteil im Einklang mit dem vom RArbG. allen Anfeindungen der Literatur gegenüber in ständiger Praxis aufrechterhaltenen Grundsatz, daß der Schuldner nicht verpflichtet ist, seine Arbeitskraft in den Dienst seiner Gläubiger zu stellen. Diese Rechtsauffassung kann logischerweise auch keinen Verstoß gegen die guten Sitten darin erblicken, daß ein überschuldeter Arbeitnehmer den pfändbaren Teil seiner Lohn- und Gehaltsbezüge an einen Familienangehörigen abtritt, um in standesgemäßer Weise den Unterhalt der Familie sicherzustellen. Dies gilt natürlich nur mit der Einschränkung, daß die auf diese Weise zum Unterhalt der Familie zur Verfügung stehenden Beträge das Maß des zum standesgemäßen Unterhalt Erforderlichen nicht unangemessen übersteigen. So auch RArbG., Urt. v. 30. Okt. 1929, Nr. RAG 247/29: BenshSamml. 7, 314; Urt. v. 29. Juni 1929, Nr. RAG 55/29: BenshSamml. 6, 364 und Urt. v. 20. Sept. 1930, Nr. RAG 170/30: BenshSamml. 10, 433. Bezüglich des gegenteiligen Standpunktes wird insbes. verwiesen auf Urteil des LArbG. Köln v. 3. Sept. 1929, Nr. 28 S 104/29: BenshSamml. 8, 70 mit eingehender Begründung sowie der Anm. zu dieser Entsch. von Hueck.

Neu und sehr beachtlich dagegen ist die Erwägung des RArbG., ob für den im Betriebe der Ehefrau tätigen Ehemann die Möglichkeit gegeben ist, seine pfändbaren Tarifansprüche im voraus an die Ehefrau, also an die eigene Arbeitgeberin, abzutreten. Hueck hat diese Konstruktion des RArbG. in seiner Anm. in BenshSamml. 9, 516 für nicht unbedenklich erklärt, da s. E. die Abtretung eines Anspruches an den Schuldner notwendig zum Untergange des Rechtes führe, praktisch also nichts anderes als ein Erlaßvertrag sei, der hinsichtlich des Tariflohnes für die Zukunft nicht in rechtswirksamer Weise abgeschlossen werden könne. Außerdem sollen nach der Auffassung von Hueck solche Lohnabtretungen der Anfechtung nach dem AnfG. unterliegen, wenn der Arbeitnehmer nicht von vornherein den Weg eines Vertrages zugunsten Dritter wählt.

Diese Auffassung ist jedoch nicht zwingend. Wenn man der Rspr. des RArbG. über den 1500-ℳ-Vertrag folgt, so wird man aus den gleichen Erwägungen auch die Konstruktion der Abtretung von pfändbaren Tarifbezügen als rechtlich unbedenklich anerkennen können.

Fraglich erscheint nur, ob bei konsequenter Anwendung der Grundsätze des RArbG. zum 1500-ℳ-Vertrag der Ehemann nicht auch als berechtigt anzusehen ist, seine Arbeitskraft als solche unmittelbar der Ehefrau zugunsten des Unterhaltes der Familie „abzutreten" und so diesen Vermögenswert der Familie für die Zukunft derart verfügbar zu machen, das ein Arbeitsvertrag überhaupt nicht in Frage kommt und der umständliche Weg entbehrlich wird, den das RArbG. in Erwägung zieht, um die Ehefrau vor untragbaren Ansprüchen der Gläubiger ihres Mannes zu schützen.

RA. Dr. E. Goerrig, Köln.

der Behauptung des Kl. zustehenden Tariflohn verzichten konnte, nicht aber für die Zukunft (RArbG. 1, 123 f., 190; 2, 159). Des weiteren kommt in einem Falle wie dem vorliegenden den ebenfalls öffentlich-rechtlichen Vorschriften des § 850 Abs. 1 Nr. 1 i. Verb. m. Abs. 4 ZPO. und § 1 Abs. 2 LohnpfVO. i. d. Fass. v. 27. Febr. 1928 (RGBl. I, 45) besondere Bedeutung zu, wonach Einkommen und sonstige Bezüge, die ein Schuldner zu seinem eigenen (notdürftigen) Unterhalt braucht, nur bis zu einer gewissen Grenze, soweit er ihrer jedoch zur Erfüllung der ihm gegenüber seiner Ehefrau, seinen Kindern und sonstigen Verwandten obliegenden Unterhaltspflicht bedarf, unter bestimmten Voraussetzungen unbeschränkt pfändbar sind. Der diesen Vorschriften gemeinsame gesetzgeberische Gedanke besteht darin, daß ein Schuldner und dessen Angehörige bis zu einem gewissen Grade vor dem wirtschaftlichen Untergang geschützt werden sollen. Im Zusammenhang damit ist zu beachten, daß eine Forderung, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist, nicht abgetreten werden kann (§ 400 BGB.) und daß umgekehrt — unbeschadet von Sondervorschriften — eine Forderung, soweit sie übertragbar ist, der Pfändung unterliegt (§ 851 Abs. 1 ZPO.). Der Ehemann der Kl. wäre also an sich nicht gehindert gewesen und auch in Zukunft nicht gehindert, den der Pfändung unterliegenden Teil seiner etwaigen Tariflohnforderung gegen die Bekl. an diese abzutreten. Die Abtretung könnte nach den allgemeinen Grundsätzen von Willenserklärungen auch stillschweigend erfolgt sein oder erfolgen (vgl. RGRKomm. a. a. O. zu § 398 Anm. 1 letzter Absatz und die dort angezogenen Entsch. des RG.).

(RArbG., Urt. v. 23. Juli 1930, RAG 169/30.) [B.]

Landesarbeitsgerichte.

Berlin.

1. §§ 242, 315 BGB.; §§ 59, 61 KO. **Die vom RArbG. für Weihnachtsgratifikationen aufgestellten Grundsätze können auf Jubiläumsprämien Anwendung finden. Vollendet sich die Frist, nach deren Ablauf die Jubiläumsprämie fällig wird, nach Konkurseröffnung, dann ist der Anspruch des dann noch im Dienst der Gemeinschuldnerin tätigen Arbeitnehmers Masseschuld.** †)

Der Kl. ist seit dem 1. Nov. 1905 Angestellter der . . ., über deren Vermögen am 29. Sept. 1930 das Konkursverfahren eröffnet wurde. Er ist noch jetzt im Betriebe der Gemeinschuldnerin mit einem Bruttogehalt von 430 *RM* tätig.

Er behauptet, daß jeder Angestellte der Gemeinschuldnerin nach 25 Jahren eine Jubiläumsprämie erhalten habe, und verlangt diese vom Bekl. als Konkursverwalter in Höhe eines Monatsgehaltes.

Mit Recht hat das ArbG. angenommen, daß die von der Gemeinschuldnerin an ihre Arbeitnehmer gezahlten Jubiläumsprämien als Arbeitsentgelt anzusehen seien. Allerdings ist dem Kl. eine Jubiläumsgabe nicht ausdrücklich zugesichert worden. Die Gemeinschuldnerin hat aber an alle Angestellten, die 25 Jahre im Betriebe tätig waren, eine Sonderleistung gezahlt. Der Bekl. hat dies weder in erster Instanz noch in seiner Berufungsbegründungsschrift bestritten. Nur in der mündlichen Verhandlung vor dem BG. hat er behauptet, in einzelnen Fällen, die er nicht näher bezeichnete, sei eine Jubiläumsprämie nicht gezahlt worden. Dieses Vorbringen war unsubstantiiert und wird als verspätet zurückgewiesen, so daß von einem bei der Gemeinschuldnerin ganz allgemein bestehenden Brauch zur Zahlung von Jubiläumsgaben auszugehen ist. Dann konnte aber jeder Arbeitnehmer damit rechnen, nach 25jähriger Tätigkeit bei der Gemeinschuldnerin eine Jubiläumsgabe zu erhalten.

In der regelmäßigen Gewährung dieser Prämien ist der Wille der Gemeinschuldnerin, eine Verpflichtung zu erfüllen und sich auch den anderen Arbeitnehmern gegenüber zu verpflichten, zum Ausdruck gekommen, so daß eine stillschweigende Vereinbarung über die Zahlung einer Jubiläumsprämie zustande gekommen ist. Denn die vom RArbG. im Urt. v. 28. Juni 1930 [1]) (RArbG. 6, 93 ff.) für die Weihnachtsgratifikationen aufgestellten Grundsätze können im wesentlichen auch auf die Jubiläumsprämien Anwendung finden. Insbes. entspricht es auch bei diesen Prämien der Auffassung des täglichen Lebens und des Geschäftsverkehrs, daß in der regelmäßigen Hingabe ohne Betonung der Schenkungsabsicht der Wille, sich zu verpflichten, zum Ausdruck kommt. Es soll hierbei nicht verkannt werden, daß zwischen den Jubiläumsprämien und den Weihnachtsgratifikationen insoweit ein Unterschied besteht, als letztere meistens in regelmäßigen Abständen an dieselben Personen gezahlt werden und auf diese Weise die stillschweigende Vereinbarung zustande kommen wird, während die Jubiläumsgabe ihrem Wesen nach derselben Person nur einmal gegeben werden kann. Dieser Unterschied verliert aber seine Bedeutung, wenn man bedenkt, daß ein Arbeitnehmer, der in einem Betrieb eintritt, in dem regelmäßig Gratifikationen gegeben werden, auch schon im ersten Jahr seiner Betriebszugehörigkeit einen Rechtsanspruch auf die Weihnachtsgratifikation erwirbt. Die stillschweigende Vereinbarung kommt dann dadurch zustande, daß in dem Betriebe die Bezahlung von Gratifikationen üblich ist. Ebenso liegt die Sache bei den Jubiläumsprämien. Ein Arbeitnehmer, der in einem Betriebe beschäftigt wird, in dem alle anderen Arbeitnehmer bei ihrem Jubiläum eine Prämie erhalten, ohne daß der Arbeitgeber die Freiwilligkeit seiner

---

Zu 1. A. Ergebnis und Begründung der Entsch. geben zu Bedenken Anlaß, die sich zum Teil auch auf die Gratifikationsrspr. des RArbG. erstrecken. Das Ergebnis wird im vorliegenden Falle dadurch besonders beleuchtet, daß der Zeitpunkt, zu dem der vom erk. Gericht bejahte Prämienanspruch entstanden ist, in die Zeit nach der Eröffnung des Konkurses der Schuldnerin fällt. Zwar trifft zu, daß das vom Konkursverwalter vertretene Rechtssubjekt mit der früheren Arbeitgeberin und Schuldnerin personengleich ist, daß Ansprüche aus dem vom Verwalter nicht nach § 22 KO. gekündigten Arbeitsverhältnisse, soweit sie nach der Konkurseröffnung entstehen, Masseschulden nach § 59 Nr. 2 KO. sind und daß der Prämienanspruch des Kl. trotz seines Entgeltcharakters nicht auf die zurückliegende Dienstzeit verteilt und, abgesehen von der auf die Zeit nach der Konkurseröffnung entfallenden Quote, als zum Teil bevorrechtigte (§ 61 Nr. 1), zum Teil nichtbevorrechtigte (Nr. 6) Konkursforderung behandelt werden kann. Letzteres würde, wie das RArbG. ausgeführt hat (RArbG. 5, 24), auf eine völlige Einebnung des Unterschiedes zwischen dem Zeitlohn und der einmaligen, auf Jahresende — oder hier auf die Vollendung des 25. Dienstjahres — in Aussicht stehenden Zuwendung hinauslaufen. Um so mehr muß gefragt werden, ob der Sachverhalt wirklich nur eine Beurteilung zuläßt, bei der dem Kl. — hier noch nach dem Konkurs seiner Arbeitgeberin — ein klagbarer Prämienanspruch zusteht, der im vorliegenden Falle zwar die bescheidene Höhe eines Monatsgehaltes hat, der aber bei der sonst oft viel üppigeren Bemessung von Jubiläumsprämien unter Umständen eine sehr erhebliche Vorbelastung der Konkursmasse darstellen kann. Dadurch werden nicht nur die sonstigen Konkursgläubiger entgegen dem Zwecke des Konkursverfahrens beeinträchtigt, sondern auch die etwa neben dem Kl. noch vorhandenen Arbeitnehmer mit ihren Lidlohnforderungen. Man kann allerdings nicht sagen, daß der Konkursverwalter, als er sich entschloß, von seinem außerordentlichen Kündigungsrechte (§ 22 Abs. 1 KO.) keinen Gebrauch zu machen, das Arbeitsverhältnis nur mit seinen gewöhnlichen, laufenden Lasten habe übernehmen wollen. Denn im Falle der Nichtkündigung bleibt das Arbeitsverhältnis mit seinem gesamten bisherigen Rechtsinhalte bestehen, und im Falle der Kündigung seitens des Verwalters würde der Kl. mit dem Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens (§ 22 Abs. 2) unter Umständen auch Ersatz für die entgangene Prämie verlangen können. Immerhin wäre dann der Ersatzanspruch eine einfache, nicht bevorrechtigte Konkursforderung. Aber die mögliche Auswirkung des Prämienanspruches auf den Ausgang des Konkurses gibt Anlaß zu besonders sorgfältiger Prüfung, ob er wirklich gegeben ist.

Für die Begründung des Anspruches verweist das LArbG. nicht unzutreffend auf die Rspr. des RArbG. in Sachen der arbeitsrechtlichen Gratifikation (vgl. RArbG. 4, 65; 5, 22; 6, 93; 7, 132). Dabei handelt es sich immer, wie auch vorliegend, um Fälle, in denen der Anspruch weder in einem Tarifvertrage noch auch im Arbeitsvertrag ausdrücklich eingeräumt ist. Dann kann er auf schlüssigem Verhalten des Arbeitgebers beruhen; wenn die Gratifikation ohne Hinweis auf ihre Freiwilligkeit eine Reihe von Jahren hindurch regelmäßig ohne weiters und vorbehaltlos gezahlt wird, kann der Arbeitnehmer mit Recht in dem Verhalten des Arbeitgebers eine Zusage dahin erblicken, daß ihm die Gratifikation ein für allemal gewährt werden solle, solange *sein* Dienstverhältnis dauert (RArbG. 4, 67). Insoweit wird man dem RArbG. folgen müssen. Wenn es aber aus der beim Arbeitgeber bestehenden Übung, *allen* Angestellten alljährlich eine Gratifikation zu gewähren, eine noch weitergehende Bindung des Geschäftsherrn herleitet, kraft deren jeder einzelne Angestellte den Anspruch haben soll, auch wenn er neu eingetreten ist und von dem Arbeitgeber noch nie selbst eine Gratifikation erhalten hat, so ist das einigermaßen bedenklich (vgl. auch *Johannes Fuchs*: ZentrBlHR. 1929, 354/55 und JW. 1929, 3410). Nicht so sehr, weil dadurch die „Bewegungsfreiheit" des Arbeitgebers eingeengt wird. Sehr stark aber, weil die Grundlage einer solchen Auslegung des arbeitgeberlichen Verhaltens schwankend ist. Soweit nicht Tarifrecht und Betriebsvertretungsrecht eingreifen, stehen eben die Arbeitnehmer auch heute noch dem Arbeitgeber als Einzelne rechtlich unverbunden gegenüber. Wäre dem nicht so, dann hätte ein erheblicher Teil des positiven kollektiven Arbeitsrechts keinen denkökonomischen Sinn, dann wäre es gar nicht nötig, kollektivistische Rechtswirkungen gesetzlich zu unterbauen. Eine Auslegung, die aus dem Verhalten des Arbeitgebers dem einen Arbeitnehmer gegenüber rechtsgeschäftliche Willenserklärungen anderen Arbeitnehmern gegenüber folgert und den Arbeitgeber daran bindet, geht reichlich weit. Außerhalb des Arbeitsrechts würde man kaum zu solchen Deutungen schreiten. Man denke daran, daß etwa ein potenter Bürger am Ausgang seines Gartens regelmäßig zwei Verkäufern von Zeitungen verschiedener Richtungen je ein Blatt abzukaufen pflegt. Schon diesen Verkäufern wird man kaum einen Anspruch auf Abnahme der nächsten Nummer einräumen wollen. Wie aber, wenn sich eines Tages ein dritter Zeitungsverkäufer hinstellt und nun verlangt, daß der Käufer auch ihm sein

[1]) JW. 1931, 1049.

Zuwendungen erkennen läßt, erwirbt einen Rechtsanspruch auf eine Jubiläumsprämie gegen den Arbeitgeber.

Wenn nun der Bekl. ausführt, die Gemeinschuldnerin habe die Freiwilligkeit ihrer Zuwendungen schon dadurch erkennen lassen, daß sie beim 25jährigen Jubiläum eines Angestellten die Höhe der Prämie immer selbst bestimmt habe, so kann ihm hierin nicht gefolgt werden. Denn einmal ist unstreitig, daß in der Regel die Prämie ungefähr ein Monatsgehalt betragen hat, ferner aber widerspricht es durchaus nicht dem Wesen eines Rechtsanspruches, daß der Schuldner selbst die Höhe der Zahlung bestimmt. Die Festsetzung hat dann im Zweifel nach billigem Ermessen zu geschehen (§ 315 BGB.).

Steht demnach dem Kl. aus seinem Dienstverhältnis mit der Gemeinschuldnerin ein vertraglicher Anspruch auf eine Jubiläumsgabe zu, so ist dem ArbG. auch darin weiter zu folgen, daß dieser Anspruch zu den Masseschulden gehört. Nach § 59 Nr. 2 KO. sind Masseschulden die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß. Da der Dienstvertrag des Kl. nicht nach § 22 KO. wirksam vor

---

Blatt abnimmt? Nun mag es sein, daß neu in einen ausnahmslos Gratifikationen gewährenden Betrieb eintretende Angestellte damit rechnen, daß ihnen, falls beim Vertragsabschlusse kein Vorbehalt gemacht wird, dieselben Vergütungen zukommen werden, wie den übrigen Angestellten, daß sie davon ausgehen dürfen, auch ihnen sei die übliche Gratifikation stillschweigend zugesagt worden (RArbG. 4, 68). Immerhin müßte bei der Zweiseitigkeit des Vertragschlusses geprüft werden, ob beide Teile das zu beurteilende Verhalten des einen so verstehen konnten und mußten, und ob nicht etwa ein versteckter Dissens hinsichtlich der Gratifikation vorlag. Für eine Prämie aber, auf die der angebliche Anspruch erst nach 25 Dienstjahren entstehen soll, sind bei der Auslegung noch erhebliche andere Momente zu berücksichtigen. Ausdrücklich werden solche Jubiläumsprämien so gut wie überhaupt nicht und jedenfalls viel seltener als jährliche Gratifikationen zugesagt. Der Wandel von der freiwilligen Gabe zum Gegenstand eines Rechtsanspruchs, von dem das RArbG. bei der Gratifikation so anschaulich spricht (RArbG. 6, 94), dürfte bei der Prämie noch nicht nachzuweisen sein. Auch der neueintretende Angestellte, der sich vor dem Eintritt in ein Geschäft mit den Verhältnissen in diesem und vor allem mit den Bezügen, die gezahlt werden, bekannt macht (RArbG. 4, 68), wird zwar an das nächste Weihnachtsfest und die etwaige Gratifikation, kaum aber schon an sein dermaleinstiges Dienstjubiläum denken. Erst recht wird er seine Entschließung über den Eintritt nicht von der Aussicht auf die Prämie abhängig machen, die er nach so ferner Zeit vielleicht einmal erhalten kann. Ein rechtserheblicher, durch stillschweigendes Verhalten ausgedrückter Erklärungswille ist demnach schon auf seiten des Arbeitnehmers kaum je vorhanden. Auch auf Arbeitgeberseite wird man mit seiner Annahme noch sehr viel vorsichtiger sein müssen als bei der immerhin jährlich wiederkehrenden Gratifikation. Eine Folgerung aus dem schlüssigen gegenseitigen Verhalten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist hinsichtlich des Prämienanspruches im allgemeinen überhaupt nicht möglich, weil jedes Jubiläum nur einmal begangen werden kann und man vollkommen den Boden der Wirklichkeit unter den Füßen der vermutenden Auslegung verlieren würde, wenn man etwa aus dem Verhalten des Arbeitgebers bei Erfüllung des 25. Dienstjahres Schlüsse auf eine Prämienleistungsverpflichtung bei weiteren Dienstjubiläen desselben Arbeitnehmers ziehen wollte. Aber auch der Schluß von der Behandlung des einen Arbeitnehmers auf die des anderen ist bei der Prämie noch viel bedenklicher als bei der Gratifikation, weil für das Ob, Wann und Wieviel einer Prämie noch viel feinere Umstände des Einzelfalles ins Gewicht fallen als bei der Gratifikation, die allerdings geradezu ein regelmäßiger Bestandteil des Arbeitsentgelts werden kann. Was das LArbG. Berlin an Tatsächlichem zu berichten weiß, kann nicht davon überzeugen, daß der Prämienanspruch wirklich auf sicherem Rechtsgrund stand.

Die hier bei der Prämie noch übersteigerte Gratifikationsrspr. gibt endlich zu dem rechts- und sozialpolitischen Bedenken Veranlassung, es könne durch große Weichheit in den Anforderungen an die Auslegungsgrundlagen nicht nur den Arbeitnehmern ein Vorteil zugewendet werden, der mit der sozialen Gerechtigkeit schwer verträglich ist, sondern es könne auch auf beiden Seiten die Disposition zu einer seelisch-sittlichen Haltung im Arbeitsverhältnis zertreten werden, die heute für ein gedeihliches Sozialleben wichtiger sein dürfte als je. Diese Disposition, die im Geben und Nehmen von Gratifikationen, Jubiläumsgaben und ähnlichem zum Ausdruck kommt, ist mit dem Worte „patriarchalisch" schlecht bezeichnet. Es kommt darauf an, über das selbstverständlich fest zu unterbauende rechtliche Band zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hinaus (kraft dessen jeder Teil mit guten Leistungen des anderen rechnen kann und nicht auf almosenähnliche Gewährungen zu hoffen braucht) dem Arbeitsverhältnis einen positiven Gemeinschaftsgehalt zu geben. Dazu trägt der Dank bei, der in einer übervertraglichen Gabe zum Ausdruck kommt und der dann auch wieder für diese bezeigt wird. Man sollte sich hüten, Ansatzpunkte für gegenseitiges Vertrauen durch eine gewisse Rechtsbegeisterung zu zerstören. Eine Rspr. wie die hier besprochene kann nur die Folge haben, daß die Arbeitgeber von Sonderausschüttungen entweder ganz absehen oder sie mit Kautelen umgeben, die ihnen den vertrauenswerbenden Charakter nehmen. So sind denn auch bereits Vorschläge gemacht worden für Reverse, die sich der Arbeitgeber bei Gewährung einer Gratifikation vom Arbeitnehmer unterschreiben lassen soll (Johannes Fuchs a. a. O.).

Prof. Dr. Lutz Richter, Leipzig.

B. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf die üblichen Weihnachts-, Neujahrs- und Abschlußgratifikationen ist durch die konsequente Rspr. und klaren Richtlinien des RArbG. im allgemeinen hinreichend geklärt. Auch Titze (in Ehrenbergs Handbuch II. Bd. § 113) hat sich im allgemeinen schon früher in gleichen Gedankengängen bewegt (vgl. auch meine Ausführungen: JW. 1929, 3410; 1930, 3113; 1931, 814, 1049).

Unter den üblichen Gratifikationen bedarf aber die Jubiläumsgratifikation, auch Jubiläumsgabe genannt, einer anderen Beurteilung. Denn während die Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen in einem Betrieb mangels besonderer ausdrücklicher Vereinbarung durch ständige Übung, z. B. durch alljährliche Ausschüttung, erworben werden, liegt diese Regelmäßigkeit und Häufigkeit selbstverständlich bei Jubiläumsgaben nicht vor. Gleichgültig ist hierbei, ob es sich um eine Jubiläumsgabe handelt, die anläßlich eines Jubiläums des Arbeitnehmers oder anläßlich eines Jubiläums des Arbeitgebers (z. B. 25 jähriges Bestehen der Firma) gegeben wird. Es ist daher nicht richtig, wenn das LArbG. Berlin in der obigen Entscheidung die für die Weihnachtsgratifikation aufgestellten Grundsätze im wesentlichen auch auf die Jubiläumsprämien Anwendung finden lassen will.

Das LArbG. Berlin hat an sich das richtige Gefühl, daß zwischen den Jubiläumsprämien und den Weihnachtsgratifikationen Unterschiede bestehen, und zwar insofern, als die Weihnachtsgratifikationen in regelmäßigen Abständen stets an d i e s e l b e n Personen gezahlt werden, während die Jubiläumsgaben ihrem Wesen nach e i n e r Person nur e i n m a l gegeben werden. Das LArbG. Berlin scheut sich aber, hieraus die richtigen Folgerungen zu ziehen.

Auch bei der Beurteilung, inwieweit ein Anspruch auf eine Jubiläumsgabe entsteht, käme es nach der Rspr. des RArbG. und der herrschenden Literatur (z. B. Titze: Ehrenbergs Handbuch II. Bd. § 113 S. 623) nicht darauf an, ob sie freiwillig oder mit dem Verpflichtungswillen des Arbeitgebers gezahlt wird, sondern lediglich darauf, wie nach Treu und Glauben die Hingabe einer derartigen Jubiläumsgabe von dem A r b e i t n e h m e r aufgefaßt werden kann.

Das RArbG. hat bei den Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen den Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt, ob und daß bei regelmäßiger Hingabe von Gratifikationen der eintretende Arbeitnehmer damit rechnen mußte, daß er selbst eine solche Gratifikation erhält, gleichgültig, ob der Arbeitgeber hiermit nur eine Schenkung und freiwillige Leistung gewähren wollte. Das LArbG. Berlin will diesen Gesichtspunkt auch auf die Jubiläumsgaben ausdehnen, eine Auffassung, der mit allem Nachdruck entgegengetreten werden muß. Denn wenn man schon bei den Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen immerhin annehmen kann, daß ein neu eintretender Arbeitnehmer auch für sich mit der Zahlung solcher Gratifikationen rechnen darf, so kann man unmöglich den gleichen Gesichtspunkt auch auf Jubiläumsgratifikationen anwenden; denn dann müßte ja der eintretende Arbeitnehmer schon bei seinem Eintritt mit einem Zusatz zu dem sonst zugesicherten Lohn rechnen, den er erst nach 25 Jahren erhalten soll. Unmöglich ist aber auch diese Schlußfolgerung, wenn man dem Willen des A r b e i t g e b e r s gerecht zu werden sucht. Bei Abschluß des Anstellungsvertrages mit einem neu eintretenden Arbeitnehmer wird sich der Arbeitgeber niemals darüber Rechenschaft ablegen und sich auch niemals dazu verpflichten wollen, diesem Arbeitnehmer nach 25 Jahren eine Jubiläumsgabe zahlen zu müssen; denn auf diese lange Zeit läßt sich nicht alles übersehen und vordisponieren. D i e J u b i l ä u m s g a b e i s t k e i n e G r a t i f i k a t i o n, a l s o k e i n e e n t g e l t l i c h e L e i s t u n g, s o n d e r n e i n e S c h e n k u n g, i m Z w e i f e l e i n e A n s t a n d s s c h e n k u n g (§ 534 BGB.).

Die steuerrechtliche Behandlung dieser Jubiläumsgaben war bis vor kurzem interessanterweise die gleiche. Der RFH. hat in seinem grundlegenden Urteil (RFH. 20, 317), im Gegensatz zu allen sonstigen Gratifikationen, die Jubiläumsgaben allgemein steuerfrei gelassen. Er hatte die ganz richtige Ansicht, daß die Jubiläumsgabe kein Zuschlag zum Gehalt ist, der zur Einkommensteuer herangezogen werden müsse, sondern eine reine Schenkung. Leider hat der RFH. aber in einem jungen Urteil v. 18. März 1931, VI A 577/31, diesen Standpunkt aufgegeben und in diesem zur Aufnahme in die amtliche Sammlung bestimmten Urteil auch eine solche Jubiläumsgabe als nachträgliche Vergütung für langjährige Dienste und i. S. des § 36 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. als steuerpflichtigen Arbeitslohn angesehen, ohne Rücksicht darauf, daß sie als übliches Gelegenheitsgeschenk nach § 18 Abs. 1 Nr. 16 ErbschStG. von der Schenkungssteuer befreit ist.

Der RFH. hat aber dabei zum Ausdruck gebracht, daß er b ü r g e r l i c h - r e c h t l i c h auch diese Jubiläumsgaben nach wie vor

Eintritt des Jubiläumsdatums gekündigt worden ist, war an diesem Tage der Anspruch auf die Prämie fällig. Die Prämie ist zwar eine Dienstentschädigung. Es geht aber nicht an, sie als einen zusätzlichen Lohn für die Zeit des ganzen Arbeitsverhältnisses anzusehen, so daß sie rechnerisch in 25 gleiche Teile für die 25 einzelnen Jahre der Tätigkeit des Kl. aufgeteilt werden könnte. Deshalb ist der Anspruch des Kl. keine — teilweise bevorrechtigte (§ 61 Nr. 1 KO.) — Konkursforderung. Sondern die Prämie ist eine Gegenleistung dafür, daß der Kl. 25 Jahre lang im Dienst der Gemeinschuldnerin tätig war, also für ein besonderes Verhalten, daß erst zur Zeit des Konkursverfahrens vollendet war. Deshalb ist der Anspruch des Kl. als Masseschuld anzusehen. Die Kündigung des Konkursverwalters wirkt nicht anders, als die Kündigung des Gemeinschuldners gewirkt hätte. Der Kl. befand sich am Stichtage noch im Betriebe, die Anwartschaft auf die Prämie war daher erfüllt. Der Ausbruch des Konkurses ist auf den Anspruch mithin ohne Einfluß.

(LArbG. Berlin, Entsch. v. 16. März 1931, 101a S 393/91.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Hummel, Berlin.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 127, 128, 227 RAbgO.

a) Die Erstattung auf Grund rechtskräftiger Steuerbescheide gezahlter Steuern kann nicht mit Gründen begehrt werden, die sich gegen die Rechtmäßigkeit der Steuerbescheide richten und deshalb gegen die Heranziehung zur Steuer im vorgeschriebenen Rechtsmittelverfahren hätten geltend gemacht werden müssen.

b) Die Frage der Erstattung zu Unrecht gezahlter Steuern aus Rechtsgründen ist im Steuerrecht besonders geregelt und daher ausschließlich nach diesem zu entscheiden. †)

Der Kaufmann Paul T. hat am 18. Nov. 1929 mehrere notariell beglaubigte Urkunden ausgestellt, durch die er verschiedene Forderungen, die zum Teil hypothekarisch gesichert waren, an seine beiden Töchter, und zwar an seine minderjährige Tochter Ella T. und die Ehefrau L., in Anrechnung auf ihr zukünftiges Erbteil abgetreten hat. Das FinA. erblickte in den Abtretungen steuerpflichtige Schenkungen i. S. des § 3 ErbschStG. und forderte von Ella T. 336 *RM* und von Frau L. 268,25 *RM* SchenkSt. an. Den Steuerbescheid gegen die minderjährige Tochter Ella hat Paul T. als gesetzlicher Vertreter mit Einspruch angefochten, der insofern Erfolg hatte, als das FinA. die Steuer durch Einspruchsentscheidung auf 320 *RM* herabsetzte. Die Einspruchsentscheidung ist rechtskräftig geworden. Frau L. hat gegen den Steuerbescheid des FinA. v. 25. Nov. 1929 ein Rechtsmittel überhaupt nicht eingelegt, so daß der Steuerbescheid ebenfalls Rechtskraft erlangt hat. Die Steuerbeträge sind von Paul T. gezahlt worden.

Mit Schreiben v. 28. April und 27. Mai 1930 beantragten die BeschwF. die Erstattung der gezahlten Steuer aus Rechtsgründen. T. sei im November 1929 mit seinen Nerven völlig zusammengebrochen. Er habe im Zustand der Depression, in dem er befürchtet habe, eines Tages plötzlich zu versterben, seinen Töchtern verschiedene Hypotheken abgetreten. Die Abtretung sei von ihm zurückgenommen worden, nachdem seine Gesundheit wiederhergestellt gewesen sei und er seine unüberlegte Handlungsweise erkannt habe. Zudem sei seine Abtretung überhaupt nicht rechtswirksam geworden, da es an der erforderlichen Einigung mit den Töchtern gefehlt habe; außerdem sei auch die zur Abtretung von Hypothekenforderungen vorgeschriebene Form nicht gewahrt worden.

Das FinA. hat den Antrag abgelehnt. Einspruch, Berufung und Rechtsbeschwerde sind ohne Erfolg geblieben.

Das FinA. ist davon ausgegangen, daß eine Erstattung rechtskräftig veranlagter SchenkSt. nur in den Grenzen der §§ 127 ff. RAbgO. und des § 42 ErbschStG. beansprucht werden könne. Diese Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben. Die Rechtsauffassung des FinGer. ist zutreffend. In der Rechtsbeschwerde erkennen auch die BeschwF. an, daß ein Anspruch auf Erstattung der gezahlten SchenkSt. sich nicht unmittelbar auf §§ 127 ff. RAbgO. oder § 42 ErbschStG. gründen könne. Sie sind jedoch der Auffassung, daß er aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die im Steuerrecht keine Ausnahme erleiden könnten, berechtigt sei. Es sei ganz allgemein davon auszugehen, daß der Steueranspruch des Staates das Bestehen einer Steuerschuld voraussetze. Diese werde aber begründet durch den Schenkungsvertrag. Fehle es an einem solchen, so fehle es an einer Steuerschuld und die Veranlagung sei ohne Rechtsgrund vorgenommen worden. Unmöglich könne man, wie das FinGer., den Standpunkt vertreten, daß durch die Unterlassung des Einspruchs gegen die Veranlagung und durch die Rechtskraft der Steuerbescheide nunmehr der Erstattungsanspruch ausgeschlossen sei.

Die Ausführungen der Rechtsbeschwerde sind rechtsirrig. Es ist den BeschwF. zwar darin zuzustimmen, daß der Steueranspruch des Staates das Bestehen einer Steuerschuld voraussetzt. Ob ein Steueranspruch des Staates und eine Steuerschuld der Pflichtigen bestand, war aber im Veranlagungsverfahren festzustellen. Waren die BeschwF. der Ansicht, daß rechtswirksame steuerpflichtige Schenkungen nicht vorlagen, so stand es ihnen frei, die Steuerfestsetzungen

---

als Schenkung ansieht; steuerrechtlich allerdings will er eine Einebnung der Behandlung zwischen gewöhnlichen Gratifikationen und Jubiläumsgratifikationen deswegen vornehmen, weil auch die Jubiläumsgratifikationen schließlich in ursächlichem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und daher normalerweise ihren Lohncharakter nicht verloren haben. Doch sind diese Ausführungen des RFH. nur unter rein steuerrechtlichen Gesichtspunkten zu verstehen, die auf die bürgerlich-rechtliche Wertung nach eigener Ansicht des RFH. keinen Einfluß haben sollen.

Die Entscheidung des LArbG. Berlin ist daher als unrichtig und als Fehlurteil zu bezeichnen. Unter diesem Gesichtspunkt müssen auch die weiteren, von dem LArbG. Berlin gezogenen Folgerungen betrachtet werden. Sie sind die logische Folgerung aus dem oben bekämpften grundlegenden Irrtum.

Richtig ist es, immer vorausgesetzt natürlich, daß die von mir bekämpfte Grundlage des obigen Urteils zutreffend wäre, daß es durchaus nicht dem Wesen eines Rechtsanspruches widerspricht, wenn der Schuldner selbst die Höhe der Zahlung bestimmt. § 315 BGB. zeigt hierfür den gesetzlichen Weg und schafft die Möglichkeit eines billigen Ausgleiches.

Richtig ist auch, daß in dem vom LArbG. Berlin behandelten Fall der Anspruch zu den Massenschulden gehört. Denn da nach zutreffender, herrschender Meinung der Anspruch auf Gratifikation nicht anteilsmäßig erworben werden kann, ist der Anspruch in voller Höhe Masseschuld, wenn der Stichtag des Erwerbs (also das 25jährige Jubiläum) nach Eröffnung des Konkurses liegt. Also die 100%ige Jubiläumsgabe, und nicht etwa $^1/_{25}$, sind Masseschuld, eine selbstverständliche logische Folge aus den vom RArbG. aufgestellten Richtlinien. Dies gilt auch für den Fall, daß dem Arbeitnehmer am Stichtag bereits gekündigt war, die Kündigungsfrist aber noch läuft.

Es wäre zu wünschen, daß das RArbG. bald Gelegenheit hätte, sich auch einmal mit dem Anspruch auf Jubiläumsgaben zu befassen. Nach der bisherigen Rspr. ist nicht anzunehmen, daß das RArbG. sich zu einer derartigen Gleichstellung zwischen Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen einerseits und Jubiläumsgaben andererseits versteht.

Das Urteil des LArbG. Berlin ist daher abzulehnen.

RA. und Doz. Dr. Johannes Fuchs, Leipzig.

Zu 1. Der Fall scheint eine sehr einfache Anwendung elementarer Rechtskraftgrundsätze zu sein, zu denen vom juristischen Standpunkt nicht viel zu bemerken ist. Wenn die Ungültigkeit von PolVO. (allgemein anerkannt) und Ortsstatuten (vgl. OVG. 69, 75), ja Reichsrechtswidrigkeit einer Landessteuernorm (vgl. RG. 130, 319 = JW. 1931, 298) dem nicht entgegensteht, daß Polizei- und Steuerverfügungen, die auf solcher Grundlage ergingen, sobald in förmliche Rechtskraft erwachsen, irreparabel sind, warum soll dann eine „rechtskräftig" abgeschlossene Veranlagung wieder aufgerollt werden können, weil das dem Steuerbefehl zugrunde liegende bürgerlich-rechtliche Rechtsgeschäft nicht in Ordnung sei? Das hätte eben auch vorher vorgebracht werden müssen!

Und doch widerstrebt es mir, damit den Fall als abgetan zu erklären. Es scheint mir nicht zufällig und nicht bedeutungslos, daß wir im Steuerrecht immer und immer wieder ein solches Anrennen gegen die Rechtskraftschranken bei den einfachen Steuerbescheiden erleben. Es will dem normalen Bürgerverstand nicht eingehen, daß ein Steuerbescheid, der ohne großes Verhandeln einseitig ergeht, die fabelhafte Wirkung haben soll, daß er offenbares Unrecht in Recht verwandeln kann. Daß man nach einem verlorenen Prozeß nichts mehr machen kann, wenn einem nachträglich noch Anfechtungsmöglichkeiten einfallen, das wird eher einleuchtend gefunden. Aber soll der nichtprozessuale Steuerakt auch diese Kraft haben? Steckt in dem Bürgerverstand, der sich dagegen sträubt, das anzuerkennen, zumal ja der Staat zu seinen Gunsten mit § 212 RAbgO. (a. F.) so außerordentlich weitgehende Ausnahmen von dieser Regel macht, nicht ziemlich viel von gesundem Menschenverstand? Ich meine es und betrachte darum den Fall als neuen Beleg für die von mir von jeher vertretene Meinung (vgl. mein Lehrbuch des Steuerrechts I S. 398), daß die Beilegung voller Rechtskraftwirkung auch für einfache Steuerbescheide eine Überspannung ist, und daß schon ein ziemlich verhärtetes Juristengemüt dazu gehört, das nicht anzuerkennen.

Prof. Dr. Bühler, Münster.

mit den hierfür vorgesehenen Rechtsmitteln anzugreifen. Erreichten sie die Aufhebung der Steuerfestsetzungen, so hätte dies dann zur Folge gehabt, daß das, was von ihnen zu Unrecht gezahlt worden war, von Amts wegen zurückzuzahlen gewesen wäre, und diese Rückzahlungen hätten, falls die Behörden etwa säumig gewesen wären, auf Grund der Aufhebung der Steuerbescheide nötigenfalls erzwungen werden können (§ 128 RAbgO.). Wenn sie es jedoch unterließen, ihre Einwendungen gegen die Heranziehung zur SchenkSt. im vorgeschriebenen Rechtsmittelverfahren geltend zu machen und so die Veranlagungen rechtskräftig werden ließen, so waren die Steuerforderungen durch die Rechtskraft der Veranlagungen gedeckt, und ein Erstattungsanspruch kann nunmehr nicht mehr auf Tatsachen gestützt werden, auf Grund deren die Feststellungen hätten angefochten werden können.

Der Senat kann auch der Auffassung der BeschwF. nicht beitreten, daß der Anspruch auf Erstattung gezahlter Steuern auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützt werden könnte. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob nach diesen — etwa den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB. — bei den im Streitfall gegebenen tatsächlichen Verhältnissen ein Erstattungsanspruch mit Erfolg geltend gemacht werden könnte. Denn die Frage der Erstattung zu Unrecht gezahlter Steuern aus Rechtsgründen ist im Steuerrecht besonders geregelt und daher ausschließlich nach diesem zu entscheiden. Nach dem Steuerrecht sind aber, wie vom FinGer. ohne Rechtsirrtum ausgeführt und auch von den BeschwF. nicht bestritten wird, die Voraussetzungen einer Erstattung aus Rechtsgründen im Streitfall nicht gegeben.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 19. Mai 1931, I A 194/31.)

*

2. § 212 Abs. 2 RAbgO. (a. F.). **Der erkennende Senat verbleibt dabei, daß die Gesellschaftsteuer nicht zu den Steuern gehört, für die im Gesetz selber ein besonderer schriftlicher Bescheid vorgesehen ist.** †)

Die in die beschwerdeführende Gesellschaft aufgegangene S.-Gesellschaft war vom FinA. durch den endgültig erlassenen und rechtskräftig gewordenen Steuerbescheid v. 9. Mai 1928 wegen der Einzahlungen auf die über pari ausgegebenen jungen Aktien aus der Kapitalerhöhung von 1926 zur GesellschSt. aus § 6a KapVerkStG. herangezogen worden, und zwar auf Grund von § 13b und nebst § 1 VO. v. 1. Dez. 1924 über die GesellschSt. bei der Aufstellung von Goldbilanzen sowie § 8 StMildG. zum ermäßigten Steuersatz von 1%. Mit Steuerbescheid v. 8. Juli 1930 hat das FinA. dann aber für die Einzahlungen auf das Agio 3% als Steuer nacherhoben, weil die Einzahlungen in den Reservefonds einzustellen und daher nicht geeignet waren, einen Verlust an dem in Goldmark umgerechneten Eigenkapital zu decken. Hiergegen hat sich die BeschwF. in dem gegenwärtigen Rechtsstreit gewendet, stützt ihr Begehren auf Freistellung von der Nachsteuer aber, wie schon in der Vorinstanz, ausschließlich darauf, daß nach § 212 Abs. 2 RAbgO. AFass. eine Neuveranlagung nicht zulässig sei, da die Erteilung des schriftlichen Bescheides v. 8. Juli 1930, in dem die Nachforderung erhoben worden sei, im Gesetze selbst vorgesehen sei und die Neuveranlagung nur auf einem veränderten rechtlichen Gesichtspunkt, nicht auf bekanntgewordenen neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhe.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

Zwar ist richtig, daß Gesetz i. S. des § 212 Abs. 2 im Hinblick auf § 2 auch eine RechtsVO. sein kann. Nicht richtig ist, daß die in Streit befangene AusfBest. eine solche RechtsVO. ist. Die BeschwF. will das Gegenteil daraus herleiten, daß § 33 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 der vorl. DurchfBest. zur VO. über die Errichtung der Deutschen Rentenbank v. 15. Okt. 1923, v. 14. Nov. 1923 (RGBl I, 1092) eine dem § 8 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Ausf- und DurchfBest. zum KapVerkStG. entsprechende Vorschrift enthalten habe und RFH.: RStBl. 1924, 159 den Charakter dieser Vorschrift als RechtsVO. ausdrücklich anerkannt habe. Dabei übersieht die BeschwF. indessen zweierlei: erstens, daß die beiden Bestimmungen in ihrer Fassung bezeichnenderweise gerade bei dem Punkt, auf den es hier ankommt, insofern voneinander abweichen, als § 33 von der Erteilung eines Festsetzungsbescheides spricht, sich also der Wortwendung des § 212 Abs. 2 bedient, § 8 aber nur davon, daß die Festsetzungsverfügung schriftlich mitzuteilen sei; zweitens daß § 21 RentenbVO. der Reichsregierung die ausdrückliche Ermächtigung erteilt, zur Durchführung der VO. die erforderlichen Verwaltungs- und Rechtsvorschriften zu erlassen, § 91 KapVerkStG. den RFM. aber nur ermächtigt, mit Zustimmung des Reichsrats AusfBest. zu erlassen. Das ist auch verständlich. Denn die RentenbVO. war ein aus der Not der Zeit heraus geborenes dringliches Gesetz, die es erforderlich machte, im Gesetz nur die Grundzüge festzulegen, ihre Durchbildung aber, auch soweit es sich um Aufstellung näherer Rechtsnormen handelte, der Regierung zu überlassen, während es sich beim KapVerkStG. um ein wohl vorbereitetes Gesetz handelte, das dem Gesetzgeber gestattete, die Verfahrensvorschriften allgemeiner Natur im Gesetz selbst zu regeln.

Allerdings gibt auch das KapVerkStG. an verschiedenen Einzelstellen dem RFM. die Ermächtigung, mit Zustimmung des Reichsrats einzelne Rechtsvorschriften zu erlassen, und es ist im Einzelfalle nicht ganz leicht zu entscheiden, ob eine in den Ausf- und DurchfBest. getroffene Regelung sich als bloße Verwaltungsvorschrift oder als Rechtsnorm darstellt, da der Eingang dieser Bestimmungen nur ganz allgemein ausspricht, daß sie „soweit erforderlich" mit Zustimmung des Reichsrats erlassen seien.

Die BeschwF. ist nun der Meinung, daß eine solche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsnormen für die aufgeführten besonderen Materien in § 69 KapVerkStG. gegeben sei, und daß sich die hier ausgesprochene Ermächtigung, besondere Rechtsvorschriften über die Art der Entrichtung einzelner Steuerarten zu erlassen, insbes. darauf erstrecke, vorzuschreiben, ob ein besonderer Bescheid zu erteilen sei.

Richtig ist, daß die Vorschrift, ob der Steuerpflichtige seiner Steuerpflicht erst zu genügen brauche, wenn der Entrichtung eine Feststellung der Steuer durch die Steuerbehörde vorangegangen ist, oder ob er die Steuerpflicht ohne Mitwirkung der Behörde zu erfüllen habe, wie dies bei der Verwendung von Steuerzeichen durch den Steuerpflichtigen zutrifft, eine Rechtsnorm enthält. Diese Frage ist in der RAbgO. dahin geregelt, daß der Regel nach das FinA. die Steuer festzusetzen habe (§ 210). Wo etwas anderes gelten soll, muß dies durch eine besondere Rechtsvorschrift ausgesprochen werden; das ist im § 69 Satz 2 unter b durch die Ermächtigung des RFM. geregelt, solche Rechtsvorschriften zu erlassen. Das gleiche gilt von dem Fall, wo zwar der Entrichtung der Steuer eine Steuerfestsetzung durch die Steuerbehörde vorherzugehen hat, diese Festsetzung aber durch eine Anmeldung seitens des Steuerpflichtigen ausgelöst werden soll. Auch hier bedarf die Verpflichtung zur Anmeldung des Erlasses einer Rechtsverordnung.

Dagegen ist die Form der Steuerfestsetzung, d. h. die Form, in der die Steuerbehörde sich schlüssig macht, ob und in welcher Höhe sie die Steuer einfordern will, und die Form der Mitteilung dieser Festsetzung (nur daß die Festsetzung mitzuteilen ist, ist Rechtsnorm, § 73 RAbgO.), weil lediglich die Verwaltungstätigkeit der Behörde angehend, an sich nur Verwaltungs-, nicht Rechtsvorschrift. Zur Rechtsvorschrift wird die Regelung der Form der Steuerfestsetzung erst, wenn die Verpflichtung des Steuerpflichtigen zur Entrichtung der Steuer von der Beobachtung dieser Form abhängig gemacht ist, er also nicht zu zahlen braucht und gegen ihn nicht zwangsweise vorgegangen werden kann, wenn dieser Form nicht genügt ist. An sich wäre es denkbar, wenn schon nichts dafür spricht, daß mit der Vorschrift des § 69 KapVerkStG. der RFM. auch habe ermächtigt werden sollen, für die Festsetzung der Steuer einen förmlichen Bescheid vorzuschreiben. Das braucht aber nicht untersucht zu werden, da sich jedenfalls aus den Ausf.- und DurchfBest. ergibt, daß der RFM. von einer Ermächtigung in dieser Richtung nicht hat Gebrauch machen wollen.

Für die ursprünglichen AusfBest. ergibt sich dies klar aus § 229 Abs. 1, wonach die Vorschriften der RAbgO. über die Erteilung förmlicher Steuerbescheide (Veranlagungsbescheide) auf die in den AusfBest. bezeichneten Steuerfestsetzungen keine Anwendung finden. Demgemäß ist auch in § 22 Abs. 1 der AusfBest. zu der Vor-

---

Zu 2. Man wird anerkennen können, daß ein allerdings knappes Übergewicht von Gründen für die getroffene Entscheidung spricht. Erschwert ist die Erkenntnis der Rechtslage dadurch, daß in den für die Entscheidung maßgebenden „Aus- und DurchfBest. z. KapVerkStG." v. 22. Juli 1927 in einer beim RFM. beliebten Weise Rechts- und Verwaltungsverordnungselemente vermischt und ihre Scheidung mit dem Zusatz, es werde das folgende bestimmt, „soweit erforderlich mit Zustimmung des Reichsrats", absichtlich erschwert oder sogar ganz unmöglich gemacht wird. Man kann nach dieser unklaren Einleitung von keiner der in der MischVO. enthaltenen Bestimmungen von vornherein sagen, ob sie Rechts- oder VerwaltVO. ist. Gerettet wird aber die Auffassung des RFM. dadurch, daß in der Tat § 8 dieser Aus- und DurchfBest. nicht von einem „Steuerbescheid", sondern von einer „Festsetzungsverfügung" spricht und dabei auf § 220 Abs. 1 RAbgO. (a. F.) verweist, der von nicht förmlichen Steuerbescheiden handelt. Bemerkt sei noch, daß in der RAbgO. v. 22. Mai 1931, die in § 12 die Ermächtigung zum Erlaß von AusfVO. aller Art in sich selbst aufgenommen hat, das Problem der Scheidung dieser beiden Hauptarten von AusfVO. auch nicht gelöst ist).

Kann man demnach die Entscheidung formal-juristisch als zutreffend anerkennen, so wird man ein Gleiches kaum sagen, wenn man die Sachlage vom Gerechtigkeitsstandpunkt aus prüft. Zugunsten der Steuerbehörde wird nach diesem immerhin etwas weitherzig ausgelegten § 212 die Rechtskraftwirkung des Steuerbescheides sehr weitgehend durchbrochen. Für sie gibt es nach Jahren eine Möglichkeit müheloser Wiedergutmachung eines Irrtums, während z. B. in der ungefähr gleichzeitigen Entsch. v. 29. Mai 1931, I A 194/31, die ich an anderer Stelle bespreche, dem Pflichtigen die Folgen eines von seiner Seite gewiß nicht größeren Versäumnisses unerbittlich mit dem Schlagwort „Rechtskraft" als irreparabel hingestellt werden. Die Bank, die hier mehrere 100000 *RM* Steuern nachzahlen mußte, die sie ohne ihre Schuld nicht hatte einkalkulieren können, wird diesen Unterschied recht schmerzlich empfinden.

Prof. Dr. Bühler, Münster.

schrift, daß das FinA. dem Steuerpflichtigen den festgesetzten Steuerbetrag unter Angabe der Zahlungsfrist bekanntzugeben habe, ausdrücklich auf § 220 RAbgO. hingewiesen, der von dem Fall handelt, daß ein förmlicher Steuerbescheid nicht zu erteilen sei, und damit zum Ausdruck gebracht, daß die Steuerfestsetzung des § 22 als ein förmlicher Steuerbescheid nicht zu gelten habe. Die neuen Aus- und DurchfBest. haben zwar den § 229 der alten AusfBest. nicht übernommen. Daß damit aber sachlich nichts hat geändert werden sollen, ergibt sich daraus, daß § 22 Abs. 1 und die darin enthaltene Bezugnahme auf § 220 RAbgO. in den § 8 Abs. 1 wörtlich übernommen worden ist. Das ist das allein Entscheidende, an dem das Begehren der Rechtsbeschwerde scheitern muß.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 21. April 1931, II A 88/31.)

*

3. § 265a RAbgO. (Fass. d. VO. d. RPräs. v. 1. Dez. 1930); § 8 Abs. 2 RBewG. Die Rechtsmittelbeschränkung des § 265a RAbgO. gilt auch für Rechtsbeschwerden in Einheitswertsachen.

Nach § 265a RAbgO. i. d. Fass. der VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517 ff.) ist v. 1. Jan. 1931 ab gegen Berufungsentscheidungen der FinGer. die RBeschw. nur dann gegeben, wenn der Wert des Streitgegenstandes höher ist als 200 *RM* oder wenn das FinGer. wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache die RBeschw. zugelassen hat. Diese Vorschrift gilt nach § 8 Abs. 2 RBewG. auch für RBeschw. in Einheitswertsachen, da es sich nicht, wie bei § 48 der III. StNotVO., um eine Sondervorschrift, sondern um eine Änderung der RAbgO. handelt. Deshalb trifft der Grund, der den RFH. in erster Linie bewogen hat, die Anwendung des § 48 der III. StNotVO. für das Gebiet des RBewG. abzulehnen (RFH. 22, 81; 23, 265), hier nicht zu. Ebensowenig kommt hier das weitere Bedenken in Frage, daß § 48 der III. StNotVO. vom „Beschwerdegegenstand" und nicht vom Werte des Streitgegenstandes sprach; denn nach § 265a RAbgO. ist der Streitwert maßgebend.

Im vorliegenden Falle ist keine der beiden Voraussetzungen des § 265a RAbgO. gegeben. Der BeschwF. begehrt, daß sein Landgut mit einem Durchschnittssatz von 460 *RM* je Hektar bewertet werde, während die Vorbehörden einen solchen von 550 *RM* zugrunde gelegt haben; daraus würde sich nach dem Antrage des BeschwF. eine Herabsetzung des Einheitswerts um 1538 *RM* ergeben. Mit Unrecht hält der BeschwF. diesen Unterschied der Einheitswerte für den Wert des Streitgegenstandes. Der Streitwert entspricht vielmehr im allgemeinen dem Betrage, den der BeschwF. weniger an Steuern zu zahlen hätte, wenn er mit seinem Rechtsmittel durchdränge. Wie dieser Steuerbetrag für die Entsch. über die Zulässigkeit der RBeschw. in Einheitswertsachen im einzelnen zu berechnen ist, insbes., welche Steuern hierbei zu berücksichtigen sind, oder ob in der Regel ein Pauschalbetrag angenommen werden kann (vgl. § 3 BewKostenVO. 1925/26 v. 17. Jan. 1927 [RGBl. I, 43]), darf dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Falle erreicht jedenfalls der vom BeschwF. erstrebte Steuervorteil nicht annähernd 200 *RM*. Auch hat das FinGer. nicht die RBeschw. zugelassen, sondern im Gegenteil darauf hingewiesen, daß gegen das Urteil kein weiteres Rechtsmittel gegeben ist.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 16. April 1931, III A 393/31.)

*

4. § 4 UmsStG.; § 4 RAbgO. Die Antragsfrist des § 37 Abs. 4 DurchfBest. z. UmsStG. beginnt, wenn dem Antragsteller wesentliche Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs (Abs. 5 a. a. O.) erst nach dem Schlusse des Kalendervierteljahrs (Kalendermonats) bekannt wurden und vorher nach dem Verhalten der Steuerbehörde nicht bekannt sein konnten, zeitigstens mit diesem bekannt werden.

Die Genossenschaft hat am 18. Mai 1927 Vergütung nach § 7 UmsStG. für Lieferungen von Kartoffeln und Saatgetreide ins Ausland in der Zeit vom 1. Jan. bis 31. Dez. 1924 und vom 1. Juli 1925 bis 31. März 1926 beantragt. Das FinA. hat den Antrag nach § 37 Abs. 4 DurchfBest. z. UmsStG. durch Verfügung v. 30. Nov. 1929 als verspätet abgelehnt, auch Gründe zur Nachsichtgewährung nicht anerkannt. Der Einspruch wurde als unbegründet zurückgewiesen. Hierbei wurde Nachsichterteilung gegen die Versäumung der Antragsfrist mit der Begründung abgelehnt, daß die Hinderung an der Antragstellung spätestens mit dem am 30. April 1927 erfolgten Abschluß einer Buchprüfung bei der Antragstellerin weggefallen und sonach auch die Frist des § 69 Abs. 2 RAbgO. versäumt sei.

Das FinGer. hat die Verfügung des FinA. v. 30. Nov. 1929 und die Einspruchsentscheidung mit der Begründung aufgehoben, daß die Antragsfrist des § 37 Abs. 4 DurchfBest. erst mit der Rechtskraft eines das erste Halbjahr 1925 betreffenden Einspruchsbescheids v. 23. Sept. 1927, durch den die Voraussetzung des Vergütungsanspruchs bildende Eigenhändlereigenschaft der Genossenschaft bejaht worden sei, frühestens aber mit einer die Umsatzsteuerfrage klärenden, nicht allzulange vor einem Schreiben der Antragstellerin an das FinA. v. 2. Febr. 1927 liegenden Verhandlung mit diesem zu laufen begonnen habe. Das Gericht nahm danach an, daß die Antragsfrist nicht versäumt sei, und sah die Frage, ob die Nachsichtfrist überschritten sei, damit als erübrigt an. In der Begründung wird die Anweisung erteilt, daß das FinA. nunmehr über die Vergütungsanträge sachlich zu entscheiden habe.

Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde des FinA. kann, wenn auch aus anderem Grund, keinen Erfolg haben.

Es ist dem FinA. darin recht zu geben, daß der Beginn der Frist für Stellung des Antrags nach § 4 UmsStG. in gültiger Weise in § 37 Abs. 4 DurchfBest. auf den festen Zeitpunkt des Schlusses des Kalendervierteljahres oder -monats für die in diesen Zeiträumen erfolgten Lieferungen in das Ausland bestimmt ist. Die Antragsfristen wären also im vorliegenden Falle unzweifelhaft versäumt, wenn ihre Regelung in § 37 Abs. 4 DurchfBest. als lückenlos erfolgt anzusehen wäre, und es hätte dann das FinGer. allerdings die keineswegs ohne weiteres zu verneinende Frage prüfen müssen, ob das FinA. zu Recht die Erteilung von Nachsicht gegen die Versäumung der Antragsfrist oder der Frist des § 69 Abs. 2 RAbgO. abgelehnt hat, und inwieweit die Frist des § 69 Abs. 5 RAbgO. als unheilbar versäumt anzusehen ist oder nicht.

Es steht aber fest, daß bei den hier fraglichen Geschäften nicht nur die Antragstellerin sich selbst, sondern auch das FinA. die Genossenschaft nur als Vermittlerin zwischen ihren Genossen oder inländischen Ausfuhrhändlern und den ausländischen Lieferungsempfängern angesehen hatte.

Bei einer bloßen Vermittlung von Auslandsverkäufen kam ein Vergütungsanspruch nach § 4 UmsStG. für den Vermittler nicht in Betracht. Denn Sinn des § 4 ist, dem Lieferer ins Ausland den Betrag wieder gutzubringen, der als Steuer die Lieferung an ihn belastet hatte (vgl. Popitz, UmsStG., 3. Aufl., S. 648 Bem. III 1 b mit S. 645 Bem. II 1). Wird dementsprechend in § 37 DurchfBest. in Abs. 5 und 6 vom Antragsteller der Nachweis dieser Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs verlangt, so konnte die Antragsfrist des Abs. 4 nicht mit dem Schluß des Kalendervierteljahres oder -monats beginnen, wenn dem Antragsteller das Vorliegen der Voraussetzungen durch Mitteilung des FinA. erst später bekannt wurde und vorher, eben wegen des Verhaltens des FinA. nicht bekannt sein konnte. Für diesen Fall enthalten die DurchfBest. z. UmsStG. eine Lücke, und es ist nach § 4 RAbgO. Aufgabe der Rechtsmittelbehörde, die Lücke auszufüllen, um den leitenden Gedanken des Vergütungsanspruchs zu verwirklichen.

Im vorliegenden Falle hat die Antragstellerin frühestens kurz vor dem im BU. erwähnten Schreiben an das FinA. v. 2. Febr. 1927 über dessen Auffassung von ihrer Stellung als Ausfuhrhändlerin bei den streitigen Geschäften Gewißheit erhalten. Die Mitteilung des FinA. bildete für sie eine neue Tatsache, vor deren Bekanntwerden sie weder mit der den Vergütungsanspruch begründenden Besteuerung einer Lieferung an sie zu rechnen hatte, noch einen Vergütungsanspruch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen konnte. Es ist daher auch die Vorschrift in § 37 Abs. 4 DurchfBest. über die Antragsfrist dahin zu ergänzen, daß diese bei solcher Sachlage nicht früher zu laufen beginnt.

Das BU. enthält somit keinen Rechtsirrtum, wenn in ihm der Vergütungsantrag v. 18. Mai 1927 als rechtzeitig gestellt behandelt und freie Bahn eröffnet worden ist, auf der das FinA. nunmehr sachlich über den Antrag entscheiden kann.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 5. Juni 1931, V A 125/31.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt.]

O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

O 1. § 205b Nr. 1 RVO. Mehrleistungen an Familienhilfe kann die Krankenkasse unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichberechtigung aller Kassenmitglieder von der Anmeldung des Anspruchs auf Ersatz der Kosten innerhalb bestimmter Frist abhängig machen.

(RVersA., 2. RevSen., Urt. v. 28. April 1931, IIa K 52/31[2].) [K.]

*

2. §§ 28, 35 RKnappschG. Seitdem durch die Neuregelung der knappschaftlichen Versicherung am 1. Juli 1926 auch die Pensionsempfänger in knappschaftlich versicherten Betrieben versicherungspflichtig in der Pensionsversicherung sind, ein Wahlrecht zwischen Pensionierung und Weiterversicherung also nicht mehr besteht, wird ein Berufswechsel bei Aufnahme einer anderen Tätigkeit nur dann angenommen werden können, wenn besondere Gründe dafür sprechen, daß der Versicherte dauernd in einer anderen Berufstätigkeit im knappschaftlich versicherten Betriebe arbeiten wollte (vgl. Entsch. v. 19. Okt. 1928: JW. 1929, 1819[4].)

(RVersA., 3. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 29. Mai 1931, IIIa Kn 1143/30[3].) [K.]

*

3. §§ 49, 50, 52 RKnappschG. Zur Frage der Pensions- und Angestelltenversicherungspflicht der Angestellten der Preußag.

Die Feststellung des KnappschOVersA., daß der Kl. während seiner Beschäftigung bei der Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. pensionsversicherungspflichtig und bis zum 30. Juni 1926 außerdem angestelltenversicherungspflichtig war, ist zutreffend. Soweit es sich um die Zeit vor dem 1. Juli 1926 handelt, sind die §§ 20 Abs. 2 und 72 RKnappschG. a. F. maßgebend. Hiernach sind u. a. versicherungsfrei die in § 9 (jetzt § 11) AngVersG. bezeichneten Personen. Zu diesen würde der Kl. nur gehören, wenn er als Beschäftigter in Betrieben oder im Dienste eines Landes angesehen werden könnte. Das ist nicht der Fall, da der Kl. im preuß. Staatsdienst (Bergverwaltung) nur bis zu dem Zeitpunkt beschäftigt war, in dem er in den Dienst der Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. übertrat. Die Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. ist, wie schon aus ihrer Bezeichnung erhellt, eine Körperschaft des Handelsrechts, daran ändert auch nichts, daß der preuß. Staat im Besitz sämtlicher Aktien ist. Während der Zugehörigkeit des Kl. zur Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. hat das Beschäftigungsverhältnis in der preuß. Bergverwaltung deshalb nicht fortgedauert, weil zu seinem Wesen die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über den Beschäftigten gehört (vgl. Entsch. 1969: RVersANachr. 1915, 371; EuM. 4, 53). Eine solche Verfügungsmacht stand während der Beschäftigung bei der Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. jedoch nur dieser selbst zu. Der preuß. Staat war nicht befugt, den in der Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. beschäftigten, vom Staate beurlaubten Arbeitnehmern Weisungen in bezug auf die von ihnen ausgeübte Beschäftigung zu erteilen (vgl. Entsch. v. 12. Febr. 1925, IIa Kn 189/24). Ein Beschäftigungsverhältnis bestand also nur zwischen dem Kl. und der Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. Der Kl. ist auch nicht durch den Beschl. des RVersA. v. 15. April 1926, IIa V 166/26 gem. § 17 Nr. 1 im Zusammenhang mit § 11 AngVersG. versicherungsfrei geworden. Nach diesem Beschluß gelten für die früher bei der staatlichen Bergverwaltung tätig gewesenen, zur Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. übergetretenen Beschäftigten, die unter das AngVersG. fallen, unbeschadet des § 11 Abs. 4 a. a. O., mit Wirkung seit dem Tage der Übernahme des jeweiligen Staatsbetriebes durch die Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. die §§ 11, 12 Nr. 1, 2, 14—16 AngVersG., wenn dem Beschäftigten mindestens die in § 11 a. a. O. bezeichneten Anwartschaften gewährleistet worden sind. Diese Anwartschaften sind aber gem. § 11 Abs. 3 AngVersG. durch Erlaß der Minister für Handel und Gewerbe und Volkswohlfahrt v. 31. Mai 1926 (I 4246 MfH/III V 1014 MfV) nur für diejenigen Angestellten der Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. gewährleistet worden, die zur Zeit der Übernahme in den Dienst dieser Gesellschaft „als planmäßige Staatsbeamte" angestellt waren. Zu diesen Angestellten gehörte der Kl. nicht, da er erst wenige Wochen vor dem Übertritt zur Preuß. Bergwerks- und Hütten-AktG. als Beamtenanwärter (Bürodiätar) in die staatliche Bergverwaltung eingetreten und nach der Auskunft der Preußag v. 22. Aug. 1928 nicht planmäßiger Beamter war. Der vom Kl. für seine gegenteilige Auffassung in Anspruch genommene Erlaß des preuß. Ministers für Handel und Gewerbe (J I 7652) v. 15. Okt. 1928 kommt nicht in Frage, da er nur die Versicherungsfreiheit derjenigen Beamtenanwärter betrifft, die in der preuß. Staatsverwaltung beschäftigt werden, also auf den Kl. als Beschäftigten der Preußag keine Anwendung findet.

Für die Zeit nach dem 1. Juli 1926 war der Kl. pensionsversicherungspflichtig; er war nicht auf Grund des § 52 RKnappschG. n. F. von der Versicherungspflicht befreit, weil er den hierzu erforderlichen Antrag unstreitig nicht gestellt hat. Ob neben dieser Befreiungsvorschrift des § 52 RKnappschG. auf Grund des § 49 RKnappschG. noch die Bestimmungen des AngVersG. über die Versicherungsfreiheit anzuwenden sind, kann hier dahingestellt bleiben, da sich aus dem oben Ausgeführten ergibt, daß die Voraussetzungen für eine Versicherungsfreiheit nach dem AngVersG. beim Kl. nicht gegeben waren.

(RVersA., 3. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 12. Juni 1931, IIIa Kn 1107/30³.) [K.]

*

O **4.** §§ 66, 76, 77, 191 RKnappschG.; PersAbbVO. v. 27. Okt. 1923 (RGBl. I, 999), AbGes. dazu v. 7. Aug. 1925 (RGBl. I, 181). Weibliche Angestellte einer Bezirksknappschaft, die wegen Verheiratung aus ihrer Stellung ausscheiden und deshalb auf Grund einer Betriebsvereinbarung eine Abfindung erhalten, die Beitragserstattung nach § 66 RKnappschG., § 139 der Satzung der RKnappsch. aber nicht beantragen, sind berechtigt, sich das Recht auf die bis zum Tage ihres Ausscheidens erworbenen Ansprüche aus der Pensionskasse gem. § 76 RKnappschG. durch Zahlung von Anerkenntnisgebühren zu erhalten.

(RVersA., 2. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 11. Juni 1931, IIIa Kn 754/30².) [K.]

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. Gemeindegrundsteuer. Die Bestimmung einer kommunalen GrStO., daß die Erhebung einer Rayonsteuer (Vorsteuer) nach ein- für allemal festumgrenzten Steuersätzen zu erfolgen hat, steht im Widerspruch mit § 59 Abs. 1 KommAbgG. i. d. Fass. d. Ges. v. 26. Aug. 1921 (GS. 495), wonach die Festsetzung der Höhe der Steuersätze alljährlich durch Gemeindebeschluß erfolgen muß, und ist deshalb ungültig.

Begründet ist der gegen die Gültigkeit der sog. Rayonsteuer (Vorsteuer) gerichtete Angriff des Kl. Der die Erhebung dieser Steuer regelnde § 4 SteuerO. steht im Widerspruche mit § 59 Abs. 1 KommAbgG. i. d. Fass. d. Ges. v. 26. Aug. 1921 (GS. 495). Bereits in der Entsch. v. 29. Nov. 1929 (OVG. 85, 228/232; R.- u. PrVerwBl. 51, 752) hatte der Gerichtshof die im § 5 Ortsges. vorgesehene Bauplatzsteuer als mit den §§ 27 Abs. 2, 59 KommAbgG. im Widerspruche stehend für unwirksam erklärt. Einer Stellungnahme zu der Frage der Rechtsgültigkeit der Rayonsteuer bedurfte es damals nicht, da jene Heranziehung sich lediglich auf § 5 Ortsges. gründete. Im Anschluß an die für den vorl. Fall nicht besonders in Betracht kommenden Erörterungen zu § 27 Abs. 2 KommAbgG. ist aber bereits in der erwähnten Entsch. hinsichtlich der Bedeutung des § 59 a. a. O. ausgeführt worden:

„Ferner ist nach § 59 Abs. 1 a. a. O. ein Festsatz der Steuer, wie im § 5 Abs. 1 vorgesehen, gesetzlich ausgeschlossen, weil ‚über die Höhe der Steuersätze, die nach besonderen SteuerO. erhoben werden sollen, die Gemeinde bis zum Ablaufe der ersten drei Monate des Rechnungsjahres Beschluß fassen' muß. Dieses Zwangsrecht ist durch die Anordnung des Ges.: ‚hat die Gemeinde' klar zum Ausdruck gebracht. Da § 5 diesem Zwangsrechte zuwiderläuft, ist er auch aus diesem Grunde ungültig."

Diese Erwägungen treffen im vollen Umfang auch auf § 4 SteuerO. zu. Auch in dieser Vorschrift ist entgegen der zwingenden Norm des § 59 KommAbgG. die Höhe der Zuschlagst. nicht der Beschlußfassung der Gemeinde überlassen, vielmehr von vornherein für alle Fälle fest umgrenzt. Gegenüber der hieraus folgenden Unwirksamkeit des § 4 ist auch der Hinweis des Bekl. auf das Urt. des Gerichtshofs v. 31. Jan. 1913 (OVG. 64, 247 ff.) verfehlt, weil diese Entsch. sich auf die frühere Fassung des § 59 KommAbgG. stützt, wonach die Gemeinde alljährlich „über die Verteilung des Steuerbedarfs nach den Bestimmungen der §§ 54 bis 57" Beschluß zu fassen hatte. Demgemäß ist in jenem Urt. die Normierung ein für allemal feststehender Promillesätze für zulässig erachtet, insofern trotzdem die GemGrSt. derart bewegliche blieben, daß sich ihr Sollaufkommen nach dem jährlich wechselnden Steuerbedarf in Verbindung mit den Gemeindebeschlüssen über dessen Verteilung auf die einzelnen Steuerarten bestimmte. Nach § 59 in der jetzigen Fassung handelt es sich aber nicht um solche Oberverteilung des gesamten Bedarfs auf die einzelnen Steuerarten, sondern unmittelbar um die Festsetzung der Höhe der Steuersätze, die alljährlich durch Gemeindebeschluß erfolgen muß. Hiermit ist aber die in den SteuerO. von vornherein getroffene Bestimmung der Steuersätze von 8 oder 4 v. T. des gemeinen Wertes, wie bereits hervorgehoben, unvereinbar. Diese Rechtslage hat der erste Richter verkannt.

(PrOVG., 7. Sen., Urt. v. 20. März 1931, VII C 172/30.)

*

2. Vergnügungssteuer. Die BerlVergnügStO. v. 12. Okt. 1927 bietet keine rechtliche Unterlage dazu, den Erwerber eines Lichtspielunternehmens für Steuerrückstände seines Vorgängers haftpflichtig zu machen. Von dem „Erwerbe des Betriebes" durch den Hauseigentümer kann nicht die Rede sein, wenn er wegen Mietforderungen an den Unternehmer das Inventar in der Zwangsversteigerung erwirbt, zumal wenn er den Betrieb tatsächlich nicht ausübt und nach Exmission des Schuldners unter Verkauf des Inventars einen neuen Mietvertrag mit einem Dritten abschließt.

Die Heranziehung der Kl. für rückständige Vergnügungssteuerschulden ihres „Geschäftsvorgängers" für die Zeit vom 3. Nov. 1928 bis 3. Jan. 1929 geht davon aus, daß die Kl. als „Erwerberin des Betriebs" für rückständige Steuerschulden des Betriebs hafte. Daß sie „Erwerberin des Betriebs" sei, wird darauf gestützt, daß sie das Inventar erworben habe und als Grundstückseigentümerin auch Besitzerin der Räume gewesen sei. Als „Veranstalterin der Vergnügung" oder als „verfügungsber. Inhaberin der Räume" ist sie also von dem beklagten Magistrat selbst nicht angesehen, sie war es auch in der Zeit des steuerlichen Tatbestandes vom 3. Nov. 1928 bis 3. Jan. 1929 nicht, da in

dieser Zeit R. bzw. P. sowohl Veranstalter wie als Mieter bzw. Untermieter verfügungsber. Inhaber der Räume waren. Es ist daher zunächst nur zu prüfen, ob es gesetzl. zulässig ist, neben dem Veranstalter und Inhaber der Räume einen Dritten, z. B. den „Erwerber des Betriebs", zum Steuerschuldner zu stempeln.

Nach Art. II § 23 Reichsratsbest. über die Vergnügungsst. ist steuerpfl. der Unternehmer der Veranstaltung. Daneben haftet als Gesamtschuldner, wer zur Anmeldung verpflichtet ist, ohne selbst Unternehmer zu sein. Nach § 4 Abs. 3 ist zur Anmeldung neben dem Unternehmer der Inhaber der für die Unternehmung benutzten Räume oder Grundstücke verpflichtet. Nach ständ. Rspr. ist Inhaber nur derjenige, der verfügungsber. ist, wozu der Eigentümer, der die Räume dauernd vermietet oder verpachtet hat, nicht gehört. Eine Person, welche erst **nach** Stattfinden der Veranstaltung das Geschäft übernimmt, kann naturgemäß nicht **nachträglich** anmeldepflichtig werden. Wenn daher in Art. III §§ 5 und 16 unter gewissen Voraussetzungen abweichende Bestimmungen zu Art. II § 4 Abs. 2 bis 4 zugelassen sind, so kann dieses sich doch jedenfalls nicht auf eine Anmeldepflicht solcher Personen beziehen, die erst **nach** Abhaltung der Veranstaltung in den Kreis der Beteiligten treten. Wenn sonach eine StO. den Erwerber eines Betriebs unter Abweichung von den Bestimmungen des Art. II § 23 Reichsratsbest. zum Steuerschuldner machen will, würde es nach Art. III § 16 Satz 2 a. a. O. der Genehmigung der Landesregier. und der Zustimmung des RFM. bedürfen. Letztere liegt jedenfalls für die Berliner VergnStO. nicht vor.

Die Berliner VergnStO. v. 12. Okt. 1927 bestimmt aber überhaupt nicht, daß der Erwerber eines Betriebs für rückständige Steuern seines Vorgängers hafte. Die Heranziehung beruft sich auf § 13. Nach dieser Bestimmung sollen gewisse Vorschriften der RAbgO., darunter auch § 96, auf **die in § 12 bezeichneten Personen** und auf die Teilnehmer an einer steuerpfl. Veranstaltung oder einer Veranstaltung, für die gemäß § 5 Nr. 2, 3, 6 u. 7 Steuerfreiheit beansprucht wird, sinngemäß Anwendung finden. Die in § 12 bezeichneten Personen — Teilnehmer an Veranstaltungen der in § 13 genannten Art kommen hier nicht in Frage — sind aber nur nach Abs. 1: „der Unternehmer der Veranstaltung, der verfügungsberechtigte Inhaber, der Pächter der Garderoben und Programme", nach Abs. 2: „im Falle des Abs. 3 des § 18 ... der Erwerber, Vermittler, Beauftragte". Unter Abs. 1 fällt der Erwerber des Betriebs jedenfalls nicht. In dem in Abs. 2 angezogenen Abs. 3 des § 18 ist aber nur von dem **Erwerber der Eintrittskarten**, der sie weiterverkauft, die Rede, also von dem Eintrittskartenwiederverkäufer, nicht von dem **Erwerber des Betriebs**. Dieser § 12 Abs. 2 ist überdies in einer Entsch. des Gerichtshofs v. 10. Febr. 1931, II C 78/30, wegen fehlender Zustimmung des RFM. für unwirksam erklärt. Wenn § 13 sich nicht auf den Erwerber des Betriebs bezieht, kann durch die Angabe in § 13, daß u. a. auch § 96 RAbgO. sinngemäß auf die in § 13 Genannten Anwendung finden solle, der Erwerber des Betriebs nicht steuerpfl. werden.

Der Art. II § 27 Reichsratsbest. hat nur den Zweck, etwaige Lücken der Reichsratsbest. auszufüllen, ermöglicht es aber nicht, Vorschriften des Landesrechts über Gemeindeabgaben oder der RAbgO. durch eine StO. in Geltung zu setzen, wenn sie in Widerspruch zu den in den Reichsratsvorschriften getroffenen Regelungen stehen und nicht etwa ausnahmsweise durch Art. III eine abweichende Regelung ausdrückl. zugelassen ist. Gegen die Anwendbarkeit des § 96 RAbgO. insbes. würden auch insofern Bedenken bestehen, als dort von Steuern, die **auf dem Unternehmen ruhen**, gesprochen wird, die VergnSt. aber nicht auf dem Unternehmen als solchem, sondern auf der einzelnen Vergnügungsveranstaltung beruht.

Schließlich mag in tatsächl. Hinsicht noch bemerkt werden, daß nach dem unstreitigen Sachverhalte die Kl. auch gar nicht Erwerberin des Betriebs ist. Mit der Ersteigerung des Inventars und der Zwangsentsetzung des P. war der Betrieb erloschen. Die Kl. hat den Betrieb weder persönlich noch durch einen von ihr abhängigen Angestellten fortgesetzt. Sie hat vielmehr das Inventar an Frau K. verkauft und mit ihr einen neuen Mietvertrag abgeschlossen. Wenn überhaupt, könnte höchstens Frau K. als Erwerberin des Betriebs in Betracht kommen. Der von dem RFH. entschiedene Fall (RFH. 22, 71) lag insofern anders, als es sich dort um Versteigerung eines Grundstücks, das für den Betrieb eines Lichtspieltheaters eingerichtet war, mit Inneneinrichtung und Zubehör handelte, während die Kl. nur das Inventar ersteigert hat, das sie, ohne den Betrieb eines neuen Lichtspieltheaters in ihrem Hause zu ermöglichen, auch anderweit hätte verwerten können.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 5. Mai 1931, II C 3/31.)

Baden.

Badischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Oberregierungsrat Dr. Kloß, Karlsruhe.

3. § 8a Abs. 1 Ziff. 1 GebSStG. **Eine Sicherungshypothek für eine öffentlich-rechtliche Geldforderung ist als eine dingliche privatrechtliche Belastung anzusehen.**

Daß Sicherungshypotheken an sich zu den dinglichen privatrechtlichen Belastungen i. S. des § 8a Abs. 1 Ziff. 1 GebSStG. gehören, ist in § 16 Abs. 1 Satz 1 VollzVO. zu diesem Gesetz ausdrücklich bestimmt; zutreffend weist die Berufungsbegründung vergleichsweise auf die übereinstimmende Regelung im preuß. Recht hin (PrFMBl. 1926, 230/31 unter Ziff. 6). Die Auffassung des Kl., daß es sich um eine — nach § 16 Abs. 1 Satz 2 a. a. O. nicht als solche Belastung geltende — Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB.) handle, ist unrichtig. Der Grundsatz, daß Sicherungshypotheken dingliche privatrechtliche Belastungen i. S. des § 8a Abs. 1 Ziff. 1 GebSStG. sind, trifft nicht nur für die Fälle zu, in denen die Bestellung der Sicherungshypothek auf Einigung der Parteien beruht, er gilt vielmehr auch für die Zwangshypothek, die ohne Einigung der Beteiligten kraft Gesetzes durch ihre auf Antrag des Gläubigers erfolgende Eintragung zum Grundbuch entsteht (s. **Surén-Heusinger**, Die Hauszinssteuer und die Finanzierung des Wohnungsbaues in Preußen, 4. Aufl., S. 91 Abs. 2). Wenn nun weiter in den Schriftsätzen des Prozeßbevollmächtigten des Kl. mit besonderer Schärfe die Auffassung vertreten wird, daß eine Hypothek nur dann eine dingliche privatrechtliche Belastung i. S. der in Rede stehenden Vorschrift sein könne, wenn sie für eine privatrechtliche Forderung bestellt ist, weil sonst das Wort „privatrechtlich" im Gesetz „vollständig überflüssig und falsch wäre", so ergibt zunächst der — dem § 4 Abs. 3 GeldEntwAusglG. entnommene — Wortlaut nichts dafür, daß diese Auffassung als „selbstverständlich" bezeichnet werden könnte. Das Gesetz spricht nicht von einer „in das Grundbuch eingetragenen Belastung für eine privatrechtliche Forderung", sondern von einer **dinglichen privatrechtlichen Belastung**. Den begrifflichen Gegensatz zu dem im Gesetz gebrauchten Ausdruck bildet demnach nicht die „in das Grundbuch eingetragene Belastung für eine öffentlich-rechtliche Forderung", sondern die **dingliche öffentlich-rechtliche Belastung**; eine Belastung der letzteren Art wäre z. B. eine auf Grund des § 27 OrtsStraßG. bestellte und in das Baulastenbuch eingetragene Baulast. Diesen Gesichtspunkt hat der Bezirksrat offenbar übersehen, als er der Meinung Ausdruck gab, daß öffentlich-rechtliche Belastungen in anderen als den im BGB. vorgesehenen Eintragungsformen nicht erfolgen könnten. Daß die Hypothek — auch die Sicherungshypothek — unter den durch diese Unterscheidung erläuterten Begriff der dinglichen privatrechtlichen Belastung fällt, kann einem Zweifel nicht unterliegen, da die Hypothek eine Einrichtung des privaten Rechtes ist. Dieses aus dem Wortsinn gewonnene Ergebnis ist auch mit der Absicht des Gesetzes sehr wohl vereinbar. Die in Rede stehende Vorschrift geht auf § 28 Abs. 5 III. StNotVO. zurück. Der Grundgedanke des in dieser VO. geregelten Geldentwertungsausgleichs bei bebauten Grundstücken ging dahin, den Geldwertunterschied, der dadurch entstanden war, daß die aus der Friedenszeit auf dem Hausbesitze ruhenden Hypothekenlasten infolge der eingetretenen Geldentwertung — auch bei Berücksichtigung der Aufwertung gem. Art. I III. StNotVO. — eine nennenswerte Belastung nicht mehr darstellten, steuerlich zu erfassen, wobei auch die Tatsache mitsprach, daß im Gegensatz zum Grundbesitz alle sonstigen Vermögen infolge der Gestaltung der deutschen Wirtschaft erhebliche Substanzverluste erlitten hatten (s. Begr. z. Entw. der III. StNotVO., S. 4, unter B 1). Im Hinblick auf diesen Grundgedanken sollte andererseits derjenige Grundeigentümer, dem diese inflatorische Entwertung der Lasten nicht oder nur in geringem Umfang zugute kam, weil sein Hausbesitz beim Einsetzen der Inflation überhaupt nicht oder nur in geringem Maße verschuldet war, durch die in Rede stehende Bestimmung des § 28 Abs. 5 III. StNotVO. steuerlich begünstigt werden (vgl. den Komm. z. III. StNotVO., 2. Heft [**Markull**], S. 181 Anm. III 3 zu § 28). Dieser Gedanke liegt im wesentlichen auch der in sonstigen Einzelheiten geänderten späteren Fassung der genannten Vorschrift (Art. II § 11 Ziff. 5 Buchst. e FinAusglÄndG. v. 10. Aug. 1925; § 4 Abs. 3 GeldEntwAusglG. v. 1. Juni 1926) sowie den landesrechtlichen Bestimmungen, die auf ihr beruhen, zugrunde (s. AusschBer. über den Entw. des erstgen. Ges., RT., III. Wahlper., 1924/25 Nr. 1269, S. 27; **Pape**, Das preuß. Hauszins- und Grundvermögensteuerrecht, S. 55 oben, Anm. 52 zu § 3 PrStNotVO.; **Surén-Heusinger** a. a. O. S. 87 ff., Anm. 41 zu § 4 PrHauszStVO.; **Brückmann**, Gebäudesondersteuer und Gebäudeentschuldungsteuer, S. 20 Ziff. 3). Unter den nach Art. I III. StNotVO. aufzuwertenden Vermögensanlagen waren in § 1 Abs. 2 unter Ziff. 1 die Hypotheken, unter Ziff. 4 die durch Hypotheken gesicherten Forderungen genannt; die jetzt geltenden entsprechenden Bestimmungen sind in den §§ 4, 9 AufwG. v. 16. Juli 1925 enthalten. Aus dem vorerwähnten inneren Zusammenhang zwischen Art. I und III III. StNotVO. ist zu folgern, daß die in Art. III enthaltenen Vorschriften gerundsätzlich mindestens für alle diejenigen Fälle gelten, in denen eine Aufwertung nach Art. I stattzufinden hatte; entsprechendes gilt für das GeldEntwAusglG. im Verhältnis zum AufwG. Nach § 14 III. StNotVO. hatten die Vorschriften des Art. I dieser VO. keine Anwendung zu finden,

soweit die Aufwertung durch ein Sondergesetz geregelt war; die gleiche Bestimmung ist bezüglich der Vorschriften des AufwG. in § 1 Abs. 2 dies. Ges. getroffen. Da zu den Sondergesetzen die Steueraufwertungsgesetze gehören, richtet sich demnach die Aufwertung auch einer hypothekarisch gesicherten persönlichen Forderung nach den Steueraufwertungsgesetzen. Ob hieraus etwa für eine solche persönliche Forderung die Nichtanwendbarkeit der Geldentwertungsausgleichsvorschriften zu folgern wäre oder ob nicht vielmehr die Gleichheit des inneren Grundes auch die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf die persönliche Forderung rechtfertigen würde, bedarf im vorliegenden Fall, in dem nicht eine durch Hypothek gesicherte persönliche Forderung, sondern die Hypothek selbst in Frage steht, keiner Erörterung. Die III. StNotVO. hat in § 2 die Aufwertung der Hypothek unabhängig von der in § 3 behandelten Aufwertung der persönlichen Forderung geregelt, wie auch nach dem AufwG. Hypothek (§§ 4 ff.) und persönliche Forderung (§§ 9 ff.) besonders aufgewertet werden. Hiernach wird die Hypothek selbst in allen Fällen nach Art. I III. StNotVO. bzw. §§ 4 ff. AufwG. aufgewertet. Daß in denjenigen Fällen, in denen die Hypothek für eine Steuerforderung bestellt ist, die tatsächliche Aufwertung der Hypothek nicht höher sein kann als diejenige der Steuerschuld, ergibt sich nicht durch unmittelbare Anwendung der Steueraufwertungsgesetze auf die Hypothek, ist vielmehr eine Folge des § 4 AufwG., wonach Hypotheken nicht höher als die durch sie gesicherten Forderungen aufgewertet werden (vgl. zu dem Vorstehenden, Komm. z. III. StNotVO., 1. Heft [Mügel], S. 35/36 Anm. 1 zu § 2, und S. 54/56, Anm. 4 und 7 zu § 3; Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl., S. 350, Anm. 17 zu § 1, und S. 400/01, Anm. 7 zu § 4). Der Umstand, daß zufolge dieser Rechtslage im vorliegenden Fall die Hypothek im Hinblick auf die für die persönliche Forderung in Betracht kommenden Steueraufwertungsvorschriften (LStAufwVO. v. 20. Okt. 1923 und VollzVO. dazu v. 20. Okt. 1923 u. v. 27. März 1924) überhaupt nicht aufgewertet wurde, führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Denn die Gebäudesondersteuer hat ihren inneren Grund nicht darin, daß ein auf dem Gebäude ruhender Anspruch gegenüber seinem ursprünglichen Papiermarkbetrag erhöht („auf-"gewertet), sondern darin, daß der Anspruch infolge der Inflation entwertet und damit die auf dem Gebäude ruhende Last vermindert wurde; mit Recht weist deshalb die Bekl. darauf hin, daß der gesetzgeberische Grund für die Erhebung dieser Steuer erst recht dann zutreffe, wenn eine infolge der Inflation wertlos gewordene Forderung überhaupt nicht aufgewertet wurde, der Vorteil des Währungszerfalls also dem Schuldner in vollem Umfang zuteil geworden ist. An dem hiernach festzustellenden Ergebnis, daß die vorliegendenfalls in Frage stehende Hypothek eine dingliche persönliche Belastung i. S. des § 8a Abs. 1 Ziff. 1 GebSStG. ist, ändert auch die Eigenschaft dieser Hypothek als Zwangshypothek nichts. Denn wie der Gerichtshof mit der herrschenden Meinung (s. Mügel, Aufwertungsrecht, a. a. O. S. 404 u. 408, Anm. 10 u. 12 zu § 4) annimmt, gehört zu den Hypotheken, die nach § 4 AufwG. aufgewertet werden, auch die nach §§ 866, 867 ZPO. im Weg der Zwangsvollstreckung eingetragene Sicherungshypothek.

(BadVG., Urt. v. 19. Dez. 1930, Nr. 3824.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Gerhard, Mannheim.

Hessen.

Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von RA. Horch, Mainz.

4. § 23 Abs. 4 HessWZuwStO. Eine Steuerbefreiung erwerbsunfähiger Steuerpflichtiger ist nur bei natürlichen, nicht bei jur. Personen, z. B. einer in Konkurs geratenen AktG., zulässig.

Nach § 23 der nach einer Mustersatzung des Ministeriums in sämtlichen hess. Städten gleichmäßig erlassenen Ortssatzungen kann die Steuer ganz oder teilweise erlassen werden, wenn der Steuerpflichtige erwerbsunfähig ist. Daß die Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Verwaltungsstreitverfahren nachzuprüfen ist, hat der VGH. bereits durch Urt. v. 26. Okt. 1929 (JW. 1930, 864 [7]) ausgesprochen. Der Konkursverwalter einer in Konkurs geratenen AktG. begehrt Erlaß der Wertzuwachssteuer für ein von der Konkursmasse veräußertes Grundstück mit der Begründung, die Gemeinschuldnerin sei durch die Konkurseröffnung und die Einstellung ihres Geschäftsbetriebes erwerbsunfähig geworden.

FinGer. und VGH. haben die Beschwerde zurückgewiesen.

Auf die Frage, ob eine in Konkurs befindliche AktG. nach den Bestimmungen des HGB. wieder erwerbsfähig werden könne, kommt es bei der hier zur Entscheidung stehenden Frage nicht an. Denn der VGH. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß bei der hier maßgebenden Mustersatzung und insbes. Abs. 4 des § 23 juristische Personen überhaupt nicht Gegenstand eines Steuererlasses sein können. Vielmehr folgert der VGH. aus der Gesamtfassung dieses Abs. 4, daß der Wille des Gesetzgebers bei dieser Befreiungsvorschrift ausschließlich darauf gerichtet war, hier nur bedürftigen und in einer wirtschaftlichen Notlage befindlichen natürlichen Personen mit Rücksicht auf diese wirtschaftliche Notlage eine Steuererleichterung zu gewähren. Indem diese in einem einzigen Satz zusammengefaßte Bestimmung mit ihren vier Alternativen davon spricht, daß die Erwerbsunfähigkeit, die Bestreitung des Lebensunterhalts, die Anlage des Eigenkapitals und der Lebensunterhalt des Steuerpflichtigen und seiner Familie bei einer Notlage ausschlaggebend sein sollen für einen Steuererlaß, so ist hierbei offensichtlich nur an natürliche Personen und deren wirtschaftliche Lage gedacht. Die Gesamtheit dieser Kriterien für einen Steuererlaß läßt mit Bestimmtheit darauf schließen, daß man nur natürlichen Personen eine Rechtswohltat zuteil werden lassen wollte und daß man nicht daran gedacht hat, auch wirtschaftlich bedrängten Unternehmungen eine Steuerwohltat zuzuwenden. Ein derartiger Wille des Gesetzgebers, diese Steuererleichterungen auch für nicht natürliche Personen gelten zu lassen, kann auch daraus nicht gefolgert werden, daß hier allgemein nur von Steuerpflichtigen gesprochen wird; denn wenn allerdings auch zu den Steuerpflichtigen i. S. der WZuwStVO. auch die der Wertzuwachssteuer unterworfenen juristischen Personen gehören, so läßt doch der Zusammenhang und der umschriebene Wortlaut dieses Abs. 4 eindeutig erkennen, daß man hier nur von solchen Steuerpflichtigen sprechen wollte, auf welche die weiteren Kriterien der Vorschrift unbedingt anwendbar sind. Diese Auslegung ist aber auch um deswillen zwingend, weil es sich hier um die Auslegung einer Befreiungsvorschrift, also einer Ausnahmebestimmung handelt und es ein Grundsatz aller Auslegung ist, daß Ausnahmebestimmungen niemals erweiternd, sondern stets nur einengend auszulegen sind. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, die Rechtswohltaten dieses Abs. 4 trotz seines Gesamtwortlautes, der nur auf natürliche Personen sich anwenden läßt, entsprechend auch auf juristische Personen anzuwenden, so hätte es hierzu einer eindeutigen, klaren und ganz bestimmten Formulierung bedurft, die die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit auch auf juristische Personen genau erläutert hätte.

(HessVGH., Urt. v. 28. Febr. 1931, VGH Nr. 54/30.)

Mitgeteilt von RA. Horch, Mainz.

D. Ausländische Gerichte.

Österreich.

Oberlandesgericht Graz.

1. Gläubiger und Pfandgläubiger müssen im Ausgleichsverfahren einheitlich stimmen.

A. war Gläubiger, B. Pfandgläubiger einer Forderung gegen C. Im Ausgleichsverfahren über C. stimmte A. für, B. gegen den Ausgleich. Das AusglGer. verwarf den Ausgleich, da bei Mitbeachtung der Forderung die erforderliche Dreiviertelmehrheit für den Ausgleich fehle. OLG. hob auf: Nach Lehmann (zu § 40 AusglO.) kann keiner von beiden das Stimmrecht ausüben, falls zwischen Gläubiger und Pfandgläubiger keine Einigung erzielt wird; vielmehr zählt diesfalls die Stimme überhaupt nicht mit, d. h. sie kann bei Berechnung weder der Kopf- noch der Summenmehrheit in Rücksicht gezogen werden. Nach Bartsch-Pollak (zu § 40 AusglO. bzw. § 144 KO.) muß die Abstimmung unterbleiben, falls eine Einigung nicht erzielt wird; eine doch erfolgte Stimmabgabe ist ungültig. Gleicher Ansicht ist die Denkschr. z. KO. (zu § 144), wonach, wenn eine Einigung der mehreren Personen nicht zustande kommt, ihre Stimme bei Berechnung weder nach der Kopf- noch der Betragsmehrheit gerechnet wird. Dem wird beigetreten. Daher war vorl. die Abstimmung hinsichtlich der Forderung des A. ungültig und darf die auf sie entfallende Stimme bei Berechnung der Mehrheit nicht in Rücksicht gezogen werden. Diese Forderung scheidet sonach bei Entscheidung der Frage über die Annahme des Ausgleichs ebenso aus, wie eine überhaupt nicht angemeldete Forderung.

(OLG. Graz, Entsch. v. 1. Aug. 1930, 1 R 386, ZBl. 1931 Nr. 126.)

Mitgeteilt von Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Die Zeilerschen Umwertungszahlen.

Monatsdurchschnitte	Geldwertzahlen	Wohlstandszahlen	Umwertungszahlen
Mai 1931	1,373 Bill.	92,0 %	1,26 Bill.
Juni	1,378 „	92,5 %	1,27 „
Juli	1,374 „	93,0 %	1,28 „
August	1,349 „	93,5 %	1,26 „

Übersicht der Rechtsprechung.

Die mit ■ bezeichneten Entscheidungen können als besonders wichtig gelten. D. S.

A.

Zivilrecht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 138 BGB. Eine Vereinbarung, laut welcher ein Unternehmer bei einem Vertragsangebot den ihm für seinen Betrieb angemessen erscheinenden Preis um 20% erhöhen soll, während bei dem Besteller der Glaube erweckt werden soll, es handle sich um einen Preis, den der Unternehmer auf Grund seiner Berechnung für angemessen gehalten habe, ist sittenwidrig und nichtig. RG. 2561 [1]

§§ 138, 117 BGB. Der Vertrag zwischen einem zahlungsunfähigen Handwerker und seiner Ehefrau, durch welche ersterer auf die letztere sein Geschäft überträgt, um sich die Kundschaft zu erhalten, aber die Pfändungen der Forderungen durch seine Gläubiger zu verhindern, ist sittenwidrig. AG. Gelsenkirchen 2594 [1]

§§ 254, 823, 828 Abs. 2 BGB. Eine Dreschmaschine so einzurichten oder so aufzustellen, daß kein Unbefugter an sie herankommen und auch nicht absichtlich in einen Teil des Getriebes hineingreifen kann, ist wirtschaftlich nicht möglich und kann von den Landwirten nicht verlangt werden. RG. 2562 [2]

§ 455 BGB. Rechtswirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts auf der Faktura. OLG. Düsseldorf 2580 [3]

§ 817 BGB. Dem Konkursverwalter, der Rückgabe einer Leistung des Gemeinschuldners als sittenwidrig verlangt, kann der Einwand nicht entgegengesetzt werden, daß auch dem Gemeinschuldner ein Verstoß wider die guten Sitten zur Last falle. RG. 2563 [3]

■ **§ 826 BGB.; § 7 AnfG.** Ansprüche einer geschiedenen Frau, wenn der Mann die Vollstreckung der Unterhaltsrente, insbes. bei Neuverheiratung, vereitelt. KG. 2578 [1]

§§ 929, 933, 1006 BGB. Sicherungsübereignung. Erfordernis der bestimmten Bezeichnung der zu übereignenden Gegenstände. Rolle der Vermutungen des § 1006 BGB. bei der Sicherungsübereignung. KG. 2579 [2]

2. Verfahren, Gebühren und Kosten.

Zivilprozeßordnung.

§§ 4, 6 ZPO. Bei Arresten ist das Kostenpauschquantum nicht dem Streitwert der Hauptsache hinzuzurechnen. KG. 2581 [4]

§ 91 ZPO. In einem Beschluß, der die Anordnung eines Arrestes oder die Anordnung einer EinstwVerf. enthält, ist stets auch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. KG. 2584 [14]

§§ 91 ff. ZPO. Kostenentscheidung, wenn die Hauptsache sich nach Klagestellung erledigt, der Kl. aber in der ersten Verhandlung seinen Sachantrag aufrechterhält, weil er die Erledigung bestreitet, und wenn erst in der zweiten Verhandlung der Antrag auf den Kostenpunkt beschränkt wird. KG. 2584 [13]

§§ 97, 522 ZPO. Wenn die Anschlußberufung durch Zurücknahme der Berufung wirkungslos wird, muß der Anschließende die Kosten der Anschlußberufung tragen. OLG. Kiel 2586 [18]

§ 123 Abs. 1, 2 ZPO. setzt rechtskräftige Verurteilung in die Kosten voraus. KG. 2587 [19]

§ 249 ZPO. Beginn der Revisionsfrist nach Aussetzung des Verfahrens. RG. 2564 [5]

§ 274 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO. Ein außergerichtlicher Vergleich setzt den Schiedsvertrag in der Regel nicht außer Kraft. OLG. Stuttgart 2583 [11]

§§ 514, 717 ZPO. Hat der Bekl., nachdem ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gegen ihn vollstreckt war, Berufung eingelegt, in der Berufungsverhandlung aber unter Bestreitung der Richtigkeit des Urteils erklärt, auf Rückgängigmachung des durch die Vollstreckung geschaffenen Zustandes zu verzichten, so bleibt die Berufung zwar zulässig, aber sie ist als sachlich unbegründet zurückzuweisen. RG. 2568 [6]

§§ 519, 547, 567 ZPO. Beschlüsse der OLG., die die Berufung für zulässig erklären oder einem Gesuche um Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungsfrist stattgeben, sind mit der Beschwerde nicht anfechtbar. RG. 2569 [7]

§ 528 Satz 2 ZPO. Hat das AG. eine EinstwVerf. aus § 942 ZPO. erlassen, sodann auf den bei ihm eingereichten Widerspruch die EinstwVerf. mittels Urteils aufgehoben, so ist im Falle der Berufung die Zuständigkeit des AG. zur Entsch. über den Widerspruch von Amts wegen zu prüfen. LG. Altona 2592 [1]

§§ 538, 1025 ff. ZPO. § 538 ZPO. ist zwingendes Recht. Die Zurückverweisung in die erste Instanz kann weder durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden noch unterliegt sie der Vorschrift des § 295 Abs. 1 ZPO. Verpflichtung des BG., die sämtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen. Begriff „unparteiische Schiedsbehörde". RG. 2569 [8]

§§ 582, 580 Nr. 1 ZPO. Dem Bekl., der im Vorprozeß auf Grund eines vom Kl. geleisteten Eides verurteilt worden ist, kann in einem späteren Restitutionsprozeß nicht entgegengehalten werden, daß er den Restitutionsgrund bereits in dem Vorprozeß durch Berufung hätte geltend machen können, wenn er nicht in der Lage gewesen ist, die Berufung in dieser Richtung hinreichend sachlich zu begründen. LG. I Berlin 2592 [2]

§§ 627, 935 ff. ZPO. Auch beim Getrenntleben der Ehegatten kann unter Umständen eine EinstwVerf. erlassen werden, durch die das Getrenntleben gestattet wird. OLG. Hamburg 2582 [9]

■ **§ 717 ZPO.** Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 717 Abs. 2 ZPO. kann noch in der RevInst. geltend gemacht werden. RG. 2568 [6]

§ 766 ZPO.; §§ 32, 4 VerglO. Die Vollstreckungsorgane haben die Frage der Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren zu prüfen. Der Gläubiger hat das Recht der Erinnerung gem. § 766 ZPO. OLG. Hamm 2590 [24]

§§ 766, 767 ZPO.; §§ 7, 75 VerglO. 1. Die Einwendung gegen einen vollstreckbaren Titel, daß er durch einen Vergleich im Vergleichsverfahren aufgezehrt sei, stellt eine solche aus § 767 ZPO. dar. 2. Ein Schuldtitel wird durch einen solchen Vergleich nicht aufgezehrt, er besteht neben demjenigen aus dem Vergleich weiter. 3. Aus § 7 ist nicht herzuleiten, daß im Falle des Verzuges nur der Erlaß, nicht aber auch die Stundung der Forderung in Wegfall komme. RG. 2570 [9]

■ **§§ 767, 274, 295 ZPO.** Mit der Vollstreckungsgegenklage kann nicht geltend gemacht werden, daß für einen Teil der Forderung, wegen deren vollstreckt wird, ein vollstreckbarer Titel nicht besteht. Durch die Unterlassung der Rüge des nicht rechtzeitigen Vorbringens der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit wird die Verspätung geheilt, nicht dagegen die in der Unterlassung der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit liegende Vereinbarung über die Zuständigkeit wieder beseitigt. OLG. Breslau 2581 [6]

§ 807 ZPO. Zur „vollständigen" Angabe des Vermögens i. S. von § 807 ZPO. gehört grundsätzlich die ausdrückliche Bezeichnung aller einen selbständigen Vermögenswert bildenden Gegenstände. Unter diese fällt auch eine Eigentümergrundschuld. RG. 2573 [14]

§§ 807, 903 ZPO. Zum Begriff des Ergänzungseides. Zulässigkeit, Voraussetzungen und Auslegung von Anträgen auf Ladung des Schuldners zur Ergänzung des Offenbarungseides. LG. I Berlin 2593 [3]

§ 811 Ziff. 5 ZPO. Das Geschäftsinventar des Kleinkaufmanns ist grundsätzlich pfändbar. OLG. Dresden 2582 [7]

§ 830 ZPO.; §§ 1145, 1151, 1152, 1113, 1115 BGB. Ist durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eine Hypothekenforderung „wegen und in Höhe" gewisser Vollstreckungsbeträge gepfändet worden, so erstreckt sich die Pfändung, falls in den Vollstreckungsbeträgen auch Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt ab enthalten sind, entgegen der Fassung des Pfändungsbeschlusses nicht nur auf einen Teil, sondern auf die ganze Hypothek. KG. 2576 [1]

§§ 861, 862 ZPO. Die Pfändung von Hypothekenzinsen, die dem zum Unterhalt verpflichteten Elternteil des Hypothekengläubigers bis zu dessen Volljährigkeit vorbehalten sind, ist unzulässig. OLG. Marienwerder 2583 [10]

§§ 935, 940 ZPO. Auch der Antrag auf Erlaß einer EinstwVerf. setzt ein Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers voraus, das gegenüber der Klage noch die Besonderheit aufweist, daß der Antragsteller ein Interesse an einer sofortigen Regelung in Beziehung auf einen Gegenstand oder Zustand haben muß. Dieses Interesse muß auch bei der Einlegung eines Rechtsmittels zur Erlangung einer vom zunächst angerufenen Gericht versagten oder wiederaufgehobenen EinstwVerf. vorhanden sein. Sind seit Versagung der EinstwVerf. zwei Jahre vergangen, ohne daß der Antragsteller und VerKl. das Verfahren weiter betrieben hat, dann ist ein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen. OLG. Düsseldorf 2582 [8]

Entlastungsverordnung.

§ 18 EntlVO.; § 252 ZPO. Gegen die Aussetzung im Schiedsurteilsverfahren ist die Beschwerde zulässig. KG. 2581 [5]

Rechtsanwaltsgebührenordnung.

§ 17 RAGebO. Schlußverhandlungsge-

bühr in Ehesachen, wenn die erste Verhandlung vor, die Schlußverhandlung nach dem 3. Dez. 1930 stattfand. OLG. Dresden 2583[12]

§ 89 RAGebO. Die Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen von dritten Personen wird nicht durch die Prozeßgebühr abgegolten. LG. Hamburg 2594[4]

Gerichtskostengesetz.

§ 29 GKG. Einrede der Unzuständigkeit schließt die Ermäßigung der Prozeßgebühr bei Klagerücknahme aus. OLG. Hamburg 2586[15]

§ 71 GKG. Schreibgebühren, die von einer Partei nach § 71 GKG. bezahlt sind, gelten bei vergleichsweiser Übernahme der Gerichtskosten als Parteiauslagen, da ihr Entstehen ausschließlich von dem Willen der Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten und nicht von einem gerichtlichen Willensakt abhängig ist. OLG. Hamburg 2586[16]

§ 90 Abs. 4 GKG. Bedeutung des § 90 GKG. für den Streitgenossen der Partei, die Gebührenfreiheit genießt. OLG. Kiel 2586[17]

3. Sonstiges Zivilrecht.

Anfechtungsgesetz.

§§ 3, 7 AnfG. Ob eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist nach dem Werte der anfechtbar veräußerten Sache zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Anfechtungsprozeß, nicht nach dem Tage der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung zu entscheiden. Ist der Wert infolge von Verwendungen des Anfechtungsgegners gestiegen, so hat dieser doch nur Anspruch auf Vorwegbefriedigung aus dem Versteigerungserlös wegen seiner Verwendungen, nicht aber auf die ganze Wertsteigerung. RG. 2571[10]

§ 7 AnfG. Ansprüche einer geschiedenen Frau, wenn der Mann die Vollstreckung der Unterhaltsrente, insbesondere bei Neuverheiratung, vereitelt. KG. 2578[1]

Konkursordnung.

§§ 1, 113 KO.; §§ 20, 17 RHeimstG. Das Konkursgericht kann die Eintragung des Konkursvermerks bei der Heimstätte verlangen. OLG. Stuttgart 2588[22]

§§ 29, 37 KO.; § 826 BGB. Die konkursmäßige Anfechtung eines Vertrages, durch den die künftigen Einnahmen des Gemeinschuldners abgetreten worden sind, hat sich nicht auf die einzelnen Zahlungen zu beziehen, sondern ergreift den Vertrag mit allen Folgen. Es müssen deshalb bei erfolgreicher Durchführung alle nach Konkurseröffnung entgegengenommenen Zahlungen zur Konkursmasse zurückgewährt werden. Zinsen sind nur zu zahlen, wenn sie als vom Schuldner weggegeben zu gelten haben, oder wenn sie aus unerlaubter Handlung geschuldet werden. Die Anfechtungsklage kann im Konkurs als Feststellungsklage erhoben werden. Die Rechtskraft des Feststellungsurteils begründet die nachprüfbare Verurteilung zur Zahlung der einzelnen Beträge. RG. 2564[4]

§§ 59, 61 KO.; §§ 242, 315 BGB. Die vom RArbG. für Weihnachtsgratifikationen aufgestellten Grundsätze können auf Jubiläumsprämien Anwendung finden. Vollendet sich die Frist, nach deren Ablauf die Jubiläumsprämie fällig wird, nach Konkurseröffnung, dann ist der Anspruch des dann noch im Dienst der Gemeinschuldnerin tätigen Arbeitnehmers Masseschuld. LArbG. Berlin 2598[1]

§§ 78 ff. KO. Zum Konkursverwalter kann nur eine natürliche, nicht eine juristische Person bestellt werden. OLG. Hamburg 2587[20]

§§ 98, 137, 132 KO. Nichtigkeit eines Gläubigerversammlungsbeschlusses bei Verstoß des Konkursrichters gegen § 98 KO. OLG. Königsberg 2588[21]

§ 239 KO. ist gegenüber § 153 StGB. das schwerere Gesetz. RG. 2573[14]

Vergleichsordnung.

§§ 3, 70 VerglO. beziehen sich nicht nur auf den Fall einer Befriedigung des Gläubigers durch eigentliche Zwangsvollstreckung, sondern auch auf Zahlungen zur Abwendung einer bevorstehenden Versteigerung. OLG. Breslau 2589[23]

§§ 7, 75 VerglO.; §§ 766, 767 ZPO. 1. Die Einwendung gegen einen vollstreckbaren Titel, daß er durch einen Vergleich im Vergleichsverfahren aufgezehrt sei, stellt eine solche aus § 767 ZPO. dar. 2. Ein Schuldtitel wird durch einen solchen Vergleich nicht aufgezehrt, er besteht neben demjenigen aus dem Vergleich weiter. 3. Aus § 7 ist nicht herzuleiten, daß im Falle des Verzuges nur der Erlaß, nicht aber auch die Stundung der Forderung in Wegfall komme. RG. 2570[9]

§§ 32, 4 VerglO.; § 766 ZPO. Die Vollstreckungsorgane haben die Frage der Beteiligung des Gläubigers am Vergleichsverfahren zu prüfen. Der Gläubiger hat das Recht der Erinnerung gemäß § 766 ZPO. OLG. Hamm 2580[24]

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§§ 49 a, 157 Nr. 1 StGB. Haben zwei Personen in den gegen sie anhängigen Zivilprozessen auf Grund vorheriger Verabredung wechselseitig Meineide zugunsten des anderen geleistet, so wird in der Verabredung dazu regelmäßig der Tatbestand des § 49 a StGB. und für den Meineid selbst der Strafermäßigungsgrund des § 157 Nr. 1 StGB. gegeben sein. RG. 2571[11]

§ 51 StGB. Eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit führt, auch ohne daß sie die Erkenntnisfähigkeit und die Verstandestätigkeit ausschließt, zur strafrechtlichen Unzurechnungsfähigkeit, wenn sie zur Folge hat, daß der geistig Gestörte nicht fähig ist, seine Entschließungen und sein Handeln der ihm verbliebenen verstandesmäßigen Einsicht gemäß einzurichten, wenn ihm also die freie Willensbestimmung fehlt, weil infolge der Störung seiner Geistestätigkeit irgendwelche Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse seinen Willen derart übermäßig beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist. RG. 2572[12]

§ 79 StGB. Will das auf eine Gesamtzuchthausstrafe erkennende Gericht in die Gesamtstrafe aufgenommene, am Tage des Urteils teilweise verbüßte frühere Gefängnisstrafen nach dem in § 21 StGB. vorgeschriebenen Maßstab als verbüßten Teil der nunmehrigen Gefängnisstrafe anrechnen, so muß die Anrechnung auch auf den Teil der Strafe ausgedehnt werden, den der Angekl. zu der Zeit verbüßt hat, zu der der Ausspruch der nunmehrigen Gesamtzuchthausstrafe in Rechtskraft übergeht. RG. 2573[13]

§§ 153, 73, 161 StGB.; § 239 Abs. 1 Ziff. 1 KO.; § 807 ZPO. 1. Die zur Strafbarkeit des betrüglichen Bankerotts erforderliche persönliche Beziehung zwischen der Bankerotthandlung und der Konkurseröffnung dergestalt, daß dieselben Gläubiger, die durch die Bankerotthandlung benachteiligt werden können, wenigstens zum Teil auch durch die Konkurseröffnung benachteiligt werden, ist dann ausgeschlossen, wenn die zur Zeit der Bankerotthandlung vorhandenen Gläubiger bei der Konkurseröffnung schon befriedigt waren. 2. Zur „vollständigen“ Angabe des Vermögens i. S. von § 807 ZPO. gehört grundsätzlich die ausdrückliche Bezeichnung aller einen selbständigen Vermögenswert bildenden Gegenstände. Unter diese fällt auch eine Eigentümergrundschuld. 3. § 239 KO. ist gegenüber § 153 StGB. das schwerere Gesetz. 4. Da die in § 161 StGB. vorgesehene Eidesunfähigkeit keine Nebenstrafe bildet, ist auf sie auch dann zu erkennen, wenn bei Tateinheit zwischen einem Meineid und einem anderen Verbrechen die Strafe nicht den §§ 153 ff. StGB. entnommen wird. RG. 2573[14]

§§ 157 Nr. 1, 49 a StGB. Haben zwei Personen in den gegen sie anhängigen Zivilprozessen auf Grund vorheriger Verabredung wechselseitig Meineide zugunsten des anderen geleistet, so wird in der Verabredung dazu regelmäßig der Tatbestand des § 49 a StGB. und für den Meineid selbst der Strafermäßigungsgrund des § 157 Nr. 1 StGB. gegeben sein. RG. 2571[11]

§ 161 StGB. Da die in § 161 StGB. vorgesehene Eidesunfähigkeit keine Nebenstrafe bildet, ist auf sie auch dann zu erkennen, wenn bei Tateinheit zwischen einem Meineid und einem anderen Verbrechen die Strafe nicht den §§ 153 ff. StGB. entnommen wird. RG. 2573[14]

Strafprozeßordnung.

§§ 114 d, 115, 115 c, 309, 310 StPO. Das Recht zur weiteren Haftbeschwerde und das Recht zur Beschwerde gegen den die Anberaumung eines Haftprüfungstermins versagenden Beschluß stehen dem Angeschuldigten nur alternativ, nicht kumulativ zu. LG. Königsberg 2594[5]

§§ 240, 241, 244, 337 StPO. 1. Die Überreichung eines Schriftsatzes in der Verhandlung genügt namentlich dann, wenn erklärt wird, der Schriftsatz enthalte nur Erklärungen zu einem bereits erledigten Beweisantrag, nicht zur ordnungsgemäßen Stellung eines Beweisantrages. 2. Auf der unbegründeten Zurückweisung der von dem Verteidiger einem Zeugen vorgelegten Frage braucht das Urteil dann nicht zu beruhen, wenn das Gericht, das, was durch die Beantwortung der Frage glaubhaft und verständlich gemacht werden sollte, zugunsten des Angekl. als wahr unterstellt hatte. RG. 2575[15]

§ 245 Abs. 2 StPO. Unter Umständen ist eine Ablehnung von Beweiserhebungen als unerheblich zulässig. OLG. Dresden 2591[27]

§ 260 StPO. Zur Bildung der richterlichen Überzeugung reicht nur an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit aus. RG. 2576[16]

§§ 296, 329, 44, 342 StPO. Eingaben des Angekl. zwecks Urteilsaufhebung unter dem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkte des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsverhandlung und der bedingten Revisionseinlegung. KG. 2591[26]

C.

Arbeitsrecht.

§ 1 TarVO. Der Ehemann, der im Betriebe der Ehefrau tätig ist, ist im Zweifel Arbeitnehmer und hat Anspruch auf Tariflohn. RArbG. 2595 [2]

D.

Steuerrecht.

1. Reich.

Reichsabgabenordnung.

§§ 127, 128, 227 RAbgO. a) Die Erstattung auf Grund rechtskräftiger Steuerbescheide gezahlter Steuern kann nicht mit Gründen begehrt werden, die sich gegen die Rechtmäßigkeit der Steuerbescheide richten und deshalb gegen die Heranziehung zur Steuer im vorgeschriebenen Rechtsmittelverfahren hätten geltend gemacht werden müssen. b) Die Frage der Erstattung zu Unrecht gezahlter Steuern aus Rechtsgründen ist im Steuerrecht besonders geregelt und daher ausschließlich nach diesem zu entscheiden. RFH. 2600 [1]

§ 212 Abs. 2 RAbgO. (a. F.). Der erkennende Senat verbleibt dabei, daß die Gesellschaftsteuer nicht zu den Steuern gehört, für die im Gesetz selber ein besonderer schriftlicher Bescheid vorgesehen ist. RFH. 2601 [2]

§ 265 a RAbgO. (Fass. d. VO. d. RPräs. v. 1. Dez. 1930); § 8 Abs. 2 RBewG. Die Rechtsmittelbeschränkung d. § 265 a RAbgO. gilt auch für Rechtsbeschwerden in Einheitswertsachen. RFH. 2602 [3]

Umsatzsteuergesetz.

§ 4 UmsStG.; § 4 RAbgO. Die Antragsfrist des § 37 Abs. 4 DurchfBest. zum UmsStG. beginnt, wenn dem Antragsteller wesentliche Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs (Abs. 5 a. a. O.) erst nach dem Schlusse des Kalendervierteljahrs (Kalendermonats) bekannt wurden und vorher nach dem Verhalten der Steuerbehörde nicht bekannt sein konnten, zeitigstens mit diesem bekannt werden. RFH. 2602 [4]

2. Länder.

Preußen.

Gemeindegrundsteuer. Die Bestimmung einer kommunalen GrStO., daß die Erhebung einer Rayonsteuer (Vorsteuer) nach ein- für allemal festumgrenzten Steuersätzen zu erfolgen hat, steht im Widerspruch mit § 59 Abs. 1 KommAbgG. i. d. Fass. des Ges. v. 26. Aug. 1921 (GS. 495), wonach die Festsetzung der Höhe der Steuersätze alljährlich durch Gemeindebeschluß erfolgen muß, und ist deshalb ungültig. PrOVG. 2603 [1]

Vergnügungssteuer. Die BerlVergnügStO. v. 12. Okt. 1927 bietet keine rechtliche Unterlage dazu, den Erwerber eines Lichtspielunternehmens für Steuerrückstände seines Vorgängers haftpflichtig zu machen. Von dem „Erwerbe des Betriebes" durch den Hauseigentümer kann nicht die Rede sein, wenn er wegen Mietforderungen an den Unternehmer das Inventar in der Zwangsversteigerung erwirbt, zumal wenn er den Betrieb tatsächlich nicht ausübt und nach Exmission des Schuldners unter Verkauf des Inventars einen neuen Mietvertrag mit einem Dritten abschließt. Preuß. OVG. 2603 [2]

Baden.

§ 8 a Abs. 1 Ziff. 1 GebSStG. Eine Sicherungshypothek für eine öffentlich-rechtliche Geldforderung ist als eine dingliche privatrechtliche Belastung anzusehen. Bad. VGH. 2604 [3]

Hessen.

§ 23 Abs. 4 HessWZuwStO. Eine Steuerbefreiung erwerbsunfähiger Steuerpflichtiger ist nur bei natürlichen, nicht bei jur. Personen, z. B. einer in Konkurs geratenen AktG. zulässig. HessVGH. 2605 [4]

E.

Sonstiges öffentliches Recht.

Verordnung gegen Waffenmißbrauch.

§§ 1, 3 VO. des RPräs. gegen Waffenmißbrauch v. 25. Juli 1930. Bewaffnetes Erscheinen an öffentlichen Orten zu politischen Zwecken. KG. 2590 [25]

Gewerbeordnung.

§ 7 Nr. 1 und 2 RGewO.; PrGes. (Abdeckereigerechtigkeit betreffend) v. 31. Mai 1858 (§ 1 Nr. IV 4), v. 17. März 1868 (§§ 2 Nr. 2, 11) und vom 17. Dez. 1872 (§ 1); § 4 Nr. 2 PrGewO. von 1845. Haben Regierungspräsident und Landrat, dieser in seiner Eigenschaft als Inhaber der Kreispolizei, durch Erlaß einer unberechtigten Polizeiverordnung nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig einen Schaden zugefügt, so haftet für diesen Schaden neben dem Staat der Kreis auch dann nicht, wenn er einen Teil der schädigenden Maßnahmen verwirklicht hat. Die oben angeführten Gesetzesbestimmungen treffen alle nur jederzeit frei widerrufliche Rechte. Ein solches liegt nicht vor, wenn ein Abdeckereiprivileg mit dem Versprechen „alles getreulich und ohne Gefährde" verliehen war. RG. 2564 [5]

§§ 134 b, 134 c GewO.; §§ 323, 242 BGB. Ein im Vertrag eines Fabriklehrlings vereinbarter besonderer Grund zur fristlosen Lösung des Lehrvertrags ist nichtig, wenn der Grund nicht zugleich in der Arbeitsordnung enthalten ist. Bei Stilllegung des Betriebs und daraus folgender Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung des Lehrlings ist die Frage, ob der Lehrvertrag weiter erfüllt werden muß, danach zu entscheiden, wer die Gefahr der Stillegung nach Treu und Glauben zu tragen hat. RArbG. 2595 [1]

Reichsheimstättengesetz.

§§ 20, 17 RHeimstG.; §§ 1, 113 KO. Das Konkursgericht kann die Eintragung des Konkursvermerks bei der Heimstätte verlangen. OLG. Stuttgart 2588 [22]

Reichsversicherungsordnung.

§ 205 b Nr. 1 RVO. Mehrleistungen an Familienhilfe kann die Krankenkasse unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichberechtigung aller Kassenmitglieder von der Anmeldung des Anspruchs auf Ersatz der Kosten innerhalb bestimmter Frist abhängig machen. RVersA. 2602 [1]

§§ 898, 901, 1042 RVO. 1. Die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entsch. der Versicherungsbehörde darüber, ob ein Betriebsunfall vorliege, darf unterbleiben, wenn es ganz ausgeschlossen ist, daß ein entscheidungspflichtiger Unfall vorliegen und § 898 RVO. anwendbar sein könnte. 2. Wer ohne Auftrag in einen Betrieb eingreift, um eine Betriebsstörung zu beseitigen, kann nicht als im Betrieb beschäftigt angesehen werden, wenn sein Eingreifen weder dem mutmaßlichen Willen des Unternehmers entsprach, noch für den Betrieb erforderlich war. RG. 2562 [2]

Reichsknappschaftsgesetz.

§§ 28, 35 RKnappschG. Seitdem durch die Neuregelung der knappschaftlichen Versicherung am 1. Juli 1926 auch die Pensionsempfänger in knappschaftlich versicherten Betrieben versicherungspflichtig in der Pensionsversicherung sind, ein Wahlrecht zwischen Pensionierung und Weiterversicherung also nicht mehr besteht, wird ein Berufswechsel bei Aufnahme einer anderen Tätigkeit nur dann angenommen werden können, wenn besondere Gründe dafür sprechen, daß der Versicherte dauernd in einer anderen Berufstätigkeit im knappschaftlich versicherten Betriebe arbeiten wollte (vgl. Entsch. v. 19. Okt. 1928: JW. 1929, 1819 [4]). RVersA. 2602 [2]

§§ 49, 50, 52 RKnappschG. Zur Frage der Pensions- und Angestelltenversicherungspflicht der Angestellten der Preußag. RVersA. 2603 [3]

§§ 66, 76, 77, 191 RKnappschG.; PersAbbVO. v. 27. Okt. 1923 (RGBl. I, 999); AbGes. dazu v. 7. Aug. 1925 (RGBl. I, 181). Weibliche Angestellte einer Bezirksknappschaft, die wegen Verheiratung aus ihrer Stellung ausscheiden und deshalb auf Grund einer Betriebsvereinbarung eine Abfindung erhalten, die Beitragserstattung nach § 66 RKnappschG., § 139 der Satzung der RKnappsch. aber nicht beantragen, sind berechtigt, sich das Recht auf die bis zum Tage ihres Ausscheidens erworbenen Ansprüche aus der Pensionskasse gem. § 76 RKnappschG. durch Zahlung von Anerkenntnisgebühren zu erhalten. RVersA. 2603 [4]

F.

Ausländisches Recht.

Österreich.

Gläubiger und Pfandgläubiger müssen im Ausgleichsverfahren einheitlich stimmen. OLG. Graz 2605 [1]

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27 (Fernsprecher: Lützow 6363)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.